

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CALIDAD TURÍSTICA
LOS EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR

TESIS DOCTORAL DE:

ALEJANDRO CORRAL SASTRE

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

OMAR BOUAZZA ARIÑO

Madrid, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo



**LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CALIDAD TURÍSTICA. LOS
EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR.**

Director de la Tesis:

Prof. Dr. D. Omar BOUAZZA ARIÑO

Doctorando:

Alejandro CORRAL SASTRE

*A mi mujer, Marta;
y a mis padres, Adela y Esteban.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XIV
OBJETIVO, METODOLOGÍA Y FUENTES.....	1
INTRODUCCIÓN.....	7
PARTE PRIMERA. ANÁLISIS GENERAL DEL SECTOR TURÍSTICO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO ADMINISTRATIVA.....	17
CAPÍTULO PRIMERO.- APROXIMACIÓN AL TURISMO. UN ANÁLISIS JURÍDICO.....	19
1.- Derecho y Turismo.....	19
<i>1.1.- El concepto de turismo. Sobre la dificultad de aproximarse a una definición exacta.....</i>	<i>19</i>
<i>1.2.- El turismo como objeto de estudio de las ciencias sociales.....</i>	<i>24</i>
<i>1.3.- Concepción multisectorial y dimensión transversal del turismo. Multiplicidad de intereses en juego.....</i>	<i>29</i>
<i>1.4.- Perspectiva jurídica del turismo. Evolución de la preocupación del Derecho por la realidad turística.....</i>	<i>31</i>
<i>1.5.- Sobre la necesidad de ofrecer un concepto jurídico de turismo.....</i>	<i>35</i>
<i>1.6.- Una materia propia del Derecho Administrativo. La creciente intervención administrativa y su actual retroceso.....</i>	<i>36</i>
<i>1.7.- Sobre la necesidad de la intervención administrativa en el sector turístico.....</i>	<i>39</i>
<i>1.8.- ¿Puede considerarse el Derecho del Turismo como una rama independiente del ordenamiento jurídico?.....</i>	<i>42</i>
2.- Evolución histórica de la legislación en materia de turismo.....	44

<i>2.1.- Necesidad de realizar un análisis histórico de la legislación en materia de turismo y su evolución competencial. División en diferentes periodos de nuestra historia legislativa.....</i>	<i>44</i>
<i>2.2.- Aparición del turismo moderno. Primeras intervenciones estatales en el sector.....</i>	<i>46</i>
<i>2.3.- El periodo del “boom turístico”. Desde los años cincuenta hasta finales de los años setenta del siglo XX. La Constitución de 1978, la primera descentralización, y las normas autonómicas integrales sobre turismo.....</i>	<i>53</i>
2.3.1.- Breve referencia a la Guerra Civil y la década de los cuarenta.....	53
2.3.2.- Los inicios del turismo masivo. La década de los cincuenta.....	55
2.3.3.- La verdadera explosión del turismo en España.....	60
2.3.4.- La primera crisis turística en España. Una llamada de atención a los Poderes Públicos.....	67
2.3.5.- La aprobación de la Constitución Española de 1978. La primera descentralización de competencias en materia turística. Una descentralización más formal que sustancial.....	69
2.3.6.- Las primeras manifestaciones de la ejecución de las competencias turísticas por las comunidades autónomas.....	73
2.3.7.- El cambio definitivo en las políticas turísticas. La ejecución de las competencias autonómicas en materia turística.....	76
<i>2.4.- La aprobación de la Directiva Servicios y la segunda descentralización autonómica a través de las reformas de los Estatutos en algunas comunidades autónomas.....</i>	<i>79</i>
2.4.1.- Efectos generales de la Directiva Servicios en el sector turístico español.....	80
2.4.2.- Los nuevos estatutos de autonomía. La segunda descentralización de competencias en materia turística a favor de los entes locales.....	82

2.4.3.- Algunas consideraciones finales sobre las competencias estatales en materia turística.....	87
2.5.- <i>El papel de las organizaciones internacionales en la evolución de la legislación turística</i>	88
2.5.1.- Orígenes, evolución y situación actual de la Organización Mundial del Turismo.....	89
2.5.2.- Breve referencia al Consejo Mundial del Turismo Sostenible.....	93
2.5.3.- Sobre la futura Agencia Europea de Turismo.....	93
2.6.- <i>Evolución de la doctrina jurídica española en materia de turismo</i>	97
3.- Conceptos jurídico-turísticos fundamentales.....	102
3.1.- <i>Introducción</i>	102
3.2.- <i>La calidad turística</i>	103
3.2.1.- Orígenes del concepto de calidad turística.....	103
3.2.2.-Evolución del concepto.....	105
3.2.3.- Concepto de calidad turística desde una perspectiva jurídica.....	108
3.2.4.- La calidad turística como razón imperiosa de interés general.....	113
3.3.- <i>El desarrollo sostenible del turismo</i>	115
3.3.1.- Orígenes y evolución del concepto de desarrollo sostenible.....	117
3.3.2.- Desarrollo sostenible y turismo en la actualidad.....	119
3.4.- <i>Turismo y medio ambiente. La capacidad de carga del territorio</i>	123
3.5.- <i>Turismo y defensa de consumidores y usuarios.</i>	129
3.6.- <i>Turismo y seguridad</i>	131
3.7.- <i>Turismo como factor de desarrollo económico</i>	132

<i>3.8.- Turismo como factor de entendimiento entre los diversos pueblos de la tierra.....</i>	<i>134</i>
<i>3.9.- El turismo como producto de consumo. El producto turístico.....</i>	<i>135</i>
<i>3.10.- Elementos del turismo.....</i>	<i>137</i>
<i>3.10.1.- Análisis de los diferentes elementos que componen el turismo.....</i>	<i>138</i>
<i>3.10.2.- Elementos subjetivos.....</i>	<i>138</i>
<i>3.10.2.1.- Los consumidores y usuarios turísticos. Los turistas.....</i>	<i>138</i>
<i>3.10.2.2.- Las empresas y profesionales turísticos.....</i>	<i>139</i>
<i>3.10.2.3.- Las Administraciones públicas.....</i>	<i>140</i>
<i>3.10.3.- Elementos objetivos. Los recursos turísticos.....</i>	<i>144</i>

CAPÍTULO SEGUNDO. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE ORDENACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA CALIDAD TURÍSTICA

1.- Introducción.....	147
2.- Breve referencia al concepto de ordenación.....	152
<i>2.1.- Clases de ordenación: ordenación general y ordenación administrativa.....</i>	<i>154</i>
3.- Objetivos de la ordenación administrativa del sector turístico.....	157
4.- Interés público turístico. Títulos que habilitan para la ordenación administrativa del sector.....	159
<i>4.1.- El Desarrollo sostenible y calidad turística.....</i>	<i>161</i>
<i>4.2.- La protección del medio ambiente.....</i>	<i>162</i>
<i>4.3.- La protección de los consumidores y usuarios.....</i>	<i>164</i>
<i>4.4.- Preservación del patrimonio cultural y monumental.....</i>	<i>165</i>

4.5.- Turismo social.....	166
5.- Medio de intervención administrativa en el sector turístico.....	167
5.1.- Reglamentación del sector turístico.....	169
5.2. Planificación turística y su necesaria incardinación en la planificación territorial.....	171
5.3.- Control de las actividades turísticas de los particulares. Control previo y control posterior.....	173
5.4.- Disciplina turística.....	177
5.5.- La actividad inspectora de la Administración turística.....	179
5.6.- Fomento y promoción de las actividades turística.....	180
5.7.- La actividad administrativa de prestación del servicio turístico.....	184
6.- A modo de corolario: La ordenación como requisito necesario para garantizar la calidad turística.....	191

PARTE SEGUNDA.EL PUNTO DE INFLEXIÓN. LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

CAPÍTULO TERCERO. CARACTERÍSTICA GENERALES DE LA DIRECTIVA SERVICIOS

1.-. Introducción.....	197
2.- Orígenes.....	202
2.1.- El Consejo Europeo de Lisboa del año 2000.....	202
2.2. La Estrategia Europea de Lisboa.....	205

2.3.- Informe de la Comisión sobre el estado del mercado interior de servicios del año 2000.....	207
2.4.- Otras acciones encaminadas a la consecución definitiva del mercado interior de servicios.....	210
2.5.- Aprobación de la propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior en su primera versión. La auténtica Directiva Bolkestein.....	214
2.6.- La polémica sobre el principio del país de origen.....	219
2.7.- Relación entre Globalización, liberalización y Directiva Servicios.....	224
3.- Características esenciales de la Directiva Servicios.....	230
3.1.- Transversalidad u horizontalidad de la Directiva y del objeto regulado. Cuestiones relativas al ámbito de aplicación.....	231
3.2.- La complejidad de la Directiva Servicios.....	236
3.3.- ¿Norma liberalizadora o norma desreguladora? Nuevo marco jurídico para la libertad de empresa.....	240
3.4.- La Directiva Servicios como norma centralizadora.....	248
3.5.- La Directiva Servicios como norma dinámica. Efecto directo de la norma.....	251

CAPÍTULO CUARTO. INCORPORACIÓN DEL LA DIRECTIVA SERVICIOS AL ORDENAMIENTO INTERNO

1.- Introducción.....	256
1.1- Impacto social.....	257
1.2.- Impacto económico.....	258
1.3.- Impacto normativo.....	261
1.4.- Impacto sobre la distribución de competencias en el Derecho interno.....	265

<i>1.5.- Impacto sobre la concepción del Derecho Administrativo</i>	<i>267</i>
<i>1.6.- Impacto sobre la calidad de los servicios.....</i>	<i>269</i>
2.- La Transposición de la Directiva Servicios en nuestro país.....	274
<i>2.1.-El proceso de transposición en general.....</i>	<i>275</i>
3.-La transposición en el Estado.....	277
<i>3.1.- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.....</i>	<i>278</i>
<i>3.2.- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio</i>	<i>282</i>
<i>3.2.1.- Transcripción de la Directiva Servicios.....</i>	<i>282</i>
<i>3.2.2.- Enfoque ambicioso.....</i>	<i>284</i>
<i>3.2.3.- Ley Horizontal.....</i>	<i>288</i>
<i>3.2.4.- Ley Básica.....</i>	<i>290</i>
<i>3.3.- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.....</i>	<i>292</i>
<i>3.3.1.- Segundo paso de la transposición estatal.....</i>	<i>293</i>
<i>3.3.2.- De nuevo, el “enfoque ambicioso”.....</i>	<i>295</i>
<i>3.3.3.- ¿Resulta adecuada la utilización de esta técnica legislativa? Breve estudio sobre la calidad normativa.....</i>	<i>296</i>
<i>3.4.- Breve referencia a otras leyes utilizadas para la transposición de la Directiva Servicios.....</i>	<i>300</i>
<i>3.4.1.- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.....</i>	<i>300</i>
<i>3.4.2.-Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.....</i>	<i>302</i>

4.-La transposición de la Directiva Servicios en el las Comunidades Autónomas.....	305
4.1-Comunidades Autónomas que han utilizado la técnica de la ley ómnibus	306
4.2-Comunidades Autónomas que han llevado a cabo una transposición sectorial.....	309
5.-La transposición de la Directiva Servicios en las Entidades Locales.....	311
5.1.- Modificación de la legislación básica estatal de régimen local	312
5.2- Adaptación a la Directiva Servicios por parte de las entidades locales	317
6.El problema de la calidad de las normas de transposición.....	318
6.1.- Calidad de las normas de transposición desde el punto de vista formal	319
6.2.- Calidad material de las normas de transposición.....	320

CAPÍTULO QUINTO. EFECTOS DE LA DIRECTIVA SERVICIOS SOBRE LAS TÉCNICAS DE CONTROL ADMINISTRATIVO. NUEVAS TÉCNICAS DE POLICÍA ADMINISTRATIVA Y SU APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1.- La autorización previa como control ex ante	325
1.1.- Sobre el concepto de autorización administrativa	326
1.2- La técnica de la autorización administrativa en la Directiva Servicios	329
1.3- Requisitos formales.....	333
1.3.1.- Reserva de Ley.....	333
1.4.- Requisitos materiales.....	335
1.4.1- Necesaria motivación de los regímenes de autorización.....	335
1.4.2.- El triple test.....	339

1.4.3.- Especial referencia al concepto de razón imperiosa de interés general.....	343
2.- Comunicación previa y declaración responsable.....	348
2.1- <i>Consideraciones generales</i>	350
2.2- <i>La comunicación previa</i>	355
2.3- <i>La declaración responsable</i>	360
2.4- <i>Valoración conjunta de ambas técnicas administrativas</i>	363
2.5- <i>Registros administrativos como técnica de intervención administrativa</i>	365
3.- El control posterior.....	369
3.1- <i>El control posterior y la inspección como actividades administrativas diferentes</i>	369
3.2- <i>Regulación del control posterior en la Directiva Servicios y en las normas de transposición</i>	373
3.3- <i>La necesaria implantación de la Administración Electrónica para un adecuado funcionamiento de los nuevos instrumentos de intervención administrativa</i>	382
3.3.1- <i>Consecuencias de la paralización en el desarrollo de la Administración electrónica</i>	387
3.4- <i>La regulación previa de los requisitos de acceso a las actividades de servicios como condición sine qua non para la eficacia de los nuevos sistemas de control</i>	390

CAPÍTULO SEXTO.- EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS EN EL SECTOR TURÍSTICO ESPAÑOL

1.- Introducción.....	393
------------------------------	------------

2.- Transposición de La Directiva Servicios en el sector turístico español.....	400
2.1.- <i>El denominado “bloque normativo de la liberalización” del sector turístico.....</i>	<i>400</i>
2.1.1- La Directiva Servicios como norma de referencia del proceso liberalizador en el sector. Problemas competenciales.....	402
2.1.2- Las normas estatales de transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico. Especial referencia al Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.....	405
2.1.3.- La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala III, Sección 3ª) de 14 de diciembre de 2010.....	408
2.1.4.- La transposición autonómica en el sector turístico.....	413
2.1.4.1.- Adecuada regulación reglamentaria de los subsectores turísticos.....	417
2.1.4.2 El mantenimiento de controles administrativos previos para determinados subsectores especialmente sensibles.....	420
2.1.4.3.- Configuración de los sistemas de comprobación posterior.....	425
2.1.4.4.- Posibilidad de solicitar a la Administración pública informes previos sobre la adecuación de los correspondientes proyectos a las normas turísticas.....	427
2.1.4.5- Valoración general de la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico autonómico.....	429
3.- Impacto de la Directiva Servicios sobre los diferentes subsectores turísticos.....	437
3.1.- <i>Introducción. La calidad global de la experiencia turística.....</i>	<i>437</i>
3.2.- <i>Actividad turística de alojamiento.....</i>	<i>440</i>
3.2.1.- Breve análisis de la situación anterior.....	442

3.2.2.- Efectos de la incorporación de la Directiva Servicios al sector turístico de los alojamientos.....	444
3.3.- <i>Mención especial a los campamentos de turismo</i>	451
3.4.- <i>Actividades de intermediación turística</i>	453
3.4.1.- La regulación jurídica de la actividad de intermediación después de la aprobación de la Directiva Servicios.....	455
3.4.2.- Efectos de la incorporación del bloque normativo de la liberalización en el sector turístico de las agencia de viaje.....	460
3.5. <i>Restauración</i>	464
3.5.1.- La restauración como actividad turística.....	464
3.5.2.- Impacto de la Directiva Servicios sobre la intervención administrativa en la actividad turística de restauración.....	467
3.5.3.- Desregulación del sector de la restauración.....	469
3.5.4.- Relajación de los sistemas de control de acceso a las actividades de restauración.....	470
3.6.- <i>Turismo activo</i>	472
3.6.1.- Concepto.....	472
3.6.2.- Justificación de la intervención administrativa.....	474
3.6.3.- Efectos de la aprobación del bloque normativo de la liberalización sobre el sector del turismo activo.....	476
3.6.4.- Existencia de razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de controles previos. La interpretación efectuada por Aragón.....	478
3.7.- <i>Turismo rural y ecoturismo</i>	482
3.8.- <i>Los guías turísticos. Mantenimiento de los controles previos</i>	486

3.8.1.- Concepto.....	486
3.8.2.- Justificación de la intervención administrativa en este subsector.....	487
3.8.3.- La calidad turística como razón imperiosa de interés general que justifica el régimen de habilitación previa.....	489
4.- La liberalización del sector turístico. Su efecto sobre los principios esenciales del Derecho del Turismo.....	491
4.1.- <i>Introducción</i>	491
4.2.- <i>Liberalización y garantía de la calidad y sostenibilidad del turismo</i>	493
4.3.- <i>Sector turístico y protección del medio ambiente</i>	496
5.- El impacto de la liberalización sobre los diferentes agentes implicados en la prestación de los servicios turísticos.....	502
5.1.- <i>La transposición de la Directiva Servicios y su efecto sobre los consumidores y usuarios turísticos</i>	502
5.1.1.- <i>Introducción</i>	502
5.1.2.- <i>Calidad turística y protección de los consumidores y usuarios</i>	504
5.1.3.- <i>Impacto de la Directiva Servicios en los derechos de los consumidores y usuarios turísticos</i>	506
5.1.4.- <i>Protección de los consumidores y usuarios como razón imperiosa de interés general</i>	508
5.2.- <i>Impacto del bloque normativo liberalizador sobre las empresas y profesionales del sector</i>	509
5.3.- <i>Incidencia de la Directiva Servicios y sus normas de transposición en las Administraciones públicas competentes en el sector turístico</i>	510

CAPÍTULO SÉPTIMO. POSIBLES SOLUCIONES AL IMPACTO NEGATIVO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS EN EL SECTOR TURÍSTICO

1.- Introducción.....	513
2.- Protección del medio ambiente a través del mecanismo de la Evaluación de Impacto Ambiental.....	513
<i>2.1.- Carácter preventivo de los controles ambientales.....</i>	<i>513</i>
<i>2.2.- La necesaria ampliación de actividades turísticas sometidas a este instrumento de protección.....</i>	<i>515</i>
3.- Sobre la necesidad de llevar a cabo una Evaluación de la Sostenibilidad de los Proyectos Turísticos. Especial referencia al caso de Eurovegas.....	518
4.- Limitación de la oferta y la demanda turística a través de la ordenación territorial de limitación.....	521
4.1.- Ordenación territorial y turismo.....	521
4.2.- Del concepto de capacidad de carga y del bloque normativo de la liberalización.....	523
4.3.- Capacidad de carga y ordenación territorial de limitación. La declaración de zonas turísticas saturadas.....	525
5.- Unificación de las autorizaciones administrativas y descentralización de competencias en las Administraciones locales.....	529
5.1.- Introducción.....	530
5.2.- Refundición y simplificación de procedimientos administrativos.....	532
5.3.- Descentralización de competencias en los municipios.....	534
6.- Realización de un control previo simultaneo a la correspondiente solicitud de inicio de actividad.....	538
CONCLUSIONES.....	547
BIBLIOGRAFÍA.....	571

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C.E.	Constitución Española
Cons. Est.	Consejo de Estado
D.O.U.E	Diario Oficial de la Unión Europea
DS	Directiva Servicios
G.M.	Gaceta de Madrid
LAECSP	Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
LLAASE	Ley sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
LALAASE	Ley modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
LCZITN	Ley de Centros y Zona de Interés Turístico Nacional
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CALIDAD TURÍSTICA. LOS EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR

OBJETIVO, METODOLOGÍA Y FUENTES

Con el presente trabajo de investigación, se pretende el estudio de la denominada Directiva de Servicios, (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior) y su impacto en el sector del turismo, vital para la economía de nuestro país. He prestado especial atención a la incidencia sobre un objetivo esencial de las políticas turísticas: la calidad. Una meta que se empezó a consolidar en nuestra legislación a mediados de los años noventa del siglo pasado y sin la que no se puede concebir en la actualidad el Derecho del Turismo.

Esta norma a la que me acabo de referir inicia una profunda transformación en nuestro Derecho Administrativo. Supone un cambio revolucionario en los instrumentos y métodos de control utilizados tradicionalmente por las Administraciones públicas. Un cambio para el que, como trataré de demostrar en las páginas siguientes, no se han habilitado todos los instrumentos jurídicos y medios materiales necesarios.

Estos efectos a los que me refiero, pueden ser especialmente intensos y perjudiciales en el sector turístico, ámbito especialmente volátil frente a los cambios legislativos y que resulta esencial para la economía de nuestro país, sobre todo en unos momentos como los actuales en los que la crisis económica está adquiriendo tintes dramáticos desde el punto de vista social.

Respecto a la metodología, he investigado los textos jurídico-turísticos más importantes sin dejar de lado, como no podía ser de otra forma, trabajos de otras ramas científicas como la Geografía, Economía, Sociología, Política, Filosofía o Literatura. Todos ellos me han proporcionado, en mayor o menor medida, ideas sobre el turismo y la necesidad de llevar a cabo una adecuada ordenación del mismo.

Por otro lado, he realizado un estudio pormenorizado de la Directiva Servicios, que constituye el eje fundamental del trabajo. Me he detenido, fundamentalmente, en: las causas de su aprobación, procedimiento de elaboración, analizando los diferentes borradores; causas de la resistencia de algunos grupos sociales a su aprobación definitiva; y finalmente, los efectos sobre el ordenamiento jurídico español, haciendo especial referencia a las diferentes normas utilizadas para su incorporación al mismo. En este sentido, me ha preocupado especialmente, el método utilizado por el Estado para trasladar la norma comunitaria a nuestro Derecho interno, pues pienso, como se verá, que no ha sido el más adecuado, pues ha tenido efectos desreguladores que pueden llegar a ser muy perjudiciales.

Una vez analizada la Directiva Servicios y su transposición, he hecho especial hincapié en los efectos que sobre el sector turístico puede ocasionar, examinado cada uno de los diferentes subsectores que lo componen: alojamiento, intermediación, restauración, turismo activo, guías turísticos, etcétera.

Como el turismo es una competencia exclusiva autonómica, y son las regiones quienes han tenido que incorporar la Directiva Servicios a sus respectivos ordenamientos turísticos, he realizado, asimismo, un exhaustivo estudio sobre las diecisiete leyes sectoriales vigentes en la materia, atendiendo principalmente a las reformas legislativas que por mor de la mencionada Directiva se han llevado a cabo.

Así, he querido distinguir aquellas comunidades autónomas que han liberalizado de forma más intensa el sector, de aquellas otras que han sido más cautas, manteniendo

siempre ciertas formas de intervención administrativa. Todo ello, no obstante, en una corriente general tendente a disminuir la presencia de la Administración. Además, ha sido necesario, igualmente, descender a nivel reglamentario para observar cómo se han visto afectados los diferentes subsectores turísticos.

Por último, propongo diferentes soluciones para paliar, en la medida de lo posible, los efectos negativos que, en mi opinión, la liberalización puede ocasionar en el sector turístico.

En cuanto a las fuentes, en primer lugar realicé una búsqueda general de bibliografía en los fondos de la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, tanto en la general como en la específica del Departamento de Derecho Administrativo. También he consultado libros de la biblioteca general de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, siéndome de especial utilidad los fondos del Centro de Documentación Europea y de la Sala de Investigadores de esta última Universidad.

Me han sido de gran ayuda, para la búsqueda de artículos, las bases de datos especializadas en la materia. Así, los fondos digitalizados de la Revista de Administración Pública, Revista Española de Derecho Constitucional, Revista de Derecho Comunitario Europeo y Revista de Estudios Políticos, a los que se puede acceder desde la página web del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

He utilizado, asimismo, la Revista Española de Derecho Administrativo, las publicaciones de Documentación Administrativa, la Revista General de Derecho Administrativo, la Revista Española de Derecho de la Unión Europea, Noticias de la Unión Europea o El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho.

También he consultado revistas autonómicas especializadas como la Revista Aragonesa de Administración Pública, Revista Vasca de Administración Pública (*Herri Arduralaritzazko Euskal Aldizkaria*), Revista Catalana de Derecho Público (*Revista Catalana de Dret Public*).

Igualmente, me han sido de utilidad revistas publicadas fuera de nuestro país como la *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, *European Constitutional Law Review*, *European Public Law*, *Foreign Affairs* o *Journal of Common Market Studies*, entre otras.

Desde el punto de vista turístico, he consultado, fundamentalmente, los excelentes fondos la Revista de Estudios Turísticos, accesibles desde la página web del Instituto de Estudios Turísticos. También la Revista Ciudad, Papeles de Geografía, Anales de Geografía, etcétera.

A todos estos fondos he podido acceder de diferentes formas. Bien mediante acceso directo a través de los fondos de las bibliotecas antes mencionadas. O bien mediante las diferentes bases de datos españolas o extranjeras como DIALNET, CINDOC, EBSCO, CSIC, IET, etcétera).

La diferente legislación y jurisprudencia utilizada, por su parte, ha sido consultada a través del Boletín Oficial del Estado, del Diario Oficial de la Unión Europea y de los diferentes diarios o boletines oficiales de las diferentes comunidades autónomas. De gran utilidad ha sido, asimismo, la base de datos Westlaw, la del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) y la de jurisprudencia del TJUE a través de CVRIA. Los documentos de trabajo de la Unión Europea se pueden encontrar en la página web

Por último, y para el análisis histórico de la legislación española en materia de turismo, me he servido de la documentación digitalizada que en su día se publicó en la Gaceta de Madrid a la que se puede acceder a través de la página web del Boletín Oficial del Estado.

INTRODUCCIÓN

Es lugar común entre los autores que se dedican a la investigación sobre el sector turístico, comenzar sus trabajos haciendo referencia a la importancia que tiene para la economía general. Pero es que, en efecto, así es. El turismo es el sector económico más importante de nuestro país. Y por mucho que se repita, por muy típica y tópica que resulte dicha afirmación, no pierde un ápice de veracidad¹.

Así, los datos que a continuación se muestran confirman esta afirmación sobre la importancia del sector:

El turismo representa en nuestro país, el 10 por ciento del Producto Interior Bruto² (En adelante, PIB) y una cifra de activos que ascendió a 2.509.105 personas (un 0,8% más que en 2010), lo que supuso el 10,9% de los activos del conjunto de la economía y el 16,8% de los activos del sector servicios. Todo ello, además, en un contexto económico marcado por la crisis mundial que en España se manifiesta en una tasa de paro del 26,02 por ciento³, muy superior a la media europea, y un descenso del PIB, de 1,9 por ciento⁴.

Pues bien, los resultados económicos del turismo en nuestro país, pese a la grave crisis económica que estamos viviendo ya desde hace algunos años, han mejorado

¹ MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de científicación”, *Estudios Turísticos*, núm. 171, 2007, pág. 7, “se trata de una afirmación que, de tan repetirse es ya un lugar trillado más que común, lo que se dice un topicazo, un estribillo que los turisperitos repiten, admiten y aún no han sometido a la recomendable crítica científica”

² Balance del Turismo. Resultado de la actividad turística de España. Año 2011. Instituto de Estudios Turísticos, Madrid, 2012. Se puede consultar dicha información en la página web www.iet.tourspain.es.

³ La reducción del empleo en turismo también se refleja en los datos de ocupados en turismo de la Encuesta de Población Activa (EPA), que presenta desde el último trimestre de 2011 variaciones interanuales tendenciales negativas, siendo del -3,5% en el tercer trimestre de 2012, último dato disponible.

⁴ Datos del Instituto Nacional de Estadística consultados en la página web www.ine.es.

respecto a la de los de años inmediatamente anteriores. Así, según indica el propio Instituto de Estudios Turísticos, “Si el año 2010 era considerado de transición, el 2011 puede calificarse de recuperación y marcaría el inicio de un nuevo ciclo turístico en España, cuya constatación requerirá conocer la evolución de los próximos años. Los diferentes indicadores que perfilan la realidad turística del año 2011 ponen de manifiesto la mencionada recuperación y un comportamiento positivo del turismo, diferenciándolo de otros sectores de actividad o subsectores de servicios, en un período difícil a nivel mundial en términos económicos”.

Pero no sólo en nuestro país. En el conjunto de la Unión Europea los datos económicos son igualmente impresionantes. Así, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo”⁵, se indica que “El turismo es una actividad económica capaz de generar crecimiento y empleo en la UE, contribuyendo al mismo tiempo al desarrollo y a la integración económica y social, en particular de las zonas rurales y de montaña, las regiones costeras y las islas, las regiones periféricas, las regiones ultraperiféricas o las regiones en proceso de convergencia. Con alrededor de 1,8 millones de empresas, esencialmente PYME, que ocupan aproximadamente el 5,2 % de la mano de obra total (es decir, alrededor de 9,7 millones de puestos de trabajo, con una proporción importante de jóvenes), la industria turística europea genera más de un 5 % del PIB de la UE, una cifra en constante crecimiento. Así, el turismo constituye la tercera actividad socioeconómica más importante de la UE, después de los sectores del comercio y la distribución, y la construcción. Si tenemos en cuenta los sectores relacionados con él, la contribución del turismo al producto interior bruto es todavía más importante; se estima que da lugar a más del 10 % del PIB de la Unión Europea y que proporciona un 12 % del empleo total. En relación con esto, si se observa la tendencia de los diez últimos años, el crecimiento del empleo en el sector turístico ha sido casi siempre más importante que en el resto de la economía”⁶.

⁵ Bruselas, 30.6.2010, COM(2010) 352 final, pág. 2.

⁶ la Unión Europea sigue siendo el primer destino turístico del mundo, con 370 millones de llegadas de turistas internacionales durante el año 2008, lo que representa un 40 % de las llegadas en todo el mundo.

Todos estos resultados económicos son, en efecto, muy prometedores. Pero si algo se quiere poner de manifiesto con este trabajo, es que el sector turístico es algo más que un sector económico esencial para nuestro país. Es un fenómeno poliédrico⁷, con repercusiones políticas, sociales, medioambientales, culturales, etcétera. Por consiguiente, una perspectiva exclusivamente económica llevaría a una visión reduccionista de un fenómeno muy rico y complejo. Lo que podría ocasionar importantes daños al sector.

Y es que, en este sentido, se puede hablar de la gran paradoja⁸ del turismo. Es decir, la aprobación y ejecución de políticas públicas que tienen por objetivo el desarrollo del sector desde un punto de vista exclusivamente económico (desarrollista, si se quiere), puede tener un éxito inmediato, pero fracasarán a medio y largo plazo. Desde luego, a la hora de proyectar las correspondientes políticas turísticas, se han de tener en cuenta todos los intereses implicados. No sólo por tanto, los de los empresarios y profesionales del sector, sino también los del territorio y la población donde la actividad turística se va a desarrollar. Sin una visión global del fenómeno, no se podrá llevar a cabo una adecuada política del sector.

De ellas, 7,6 millones correspondieron a los países BRIC (Brasil, Rusia, la India y China), lo que representa un claro crecimiento en relación con los 4,2 millones de 2004. Estas llegadas generaron unos ingresos aproximados de 266 000 millones de euros, de los que 75 000 millones de euros correspondían a turistas procedentes de fuera de la Unión⁵. En cuanto a los viajes realizados por los propios nacionales europeos, su número se estima en 1 400 000 millones, de los que aproximadamente el 90 % tiene lugar en la UE. Según las estimaciones de la Organización Mundial del Turismo (OMT), las llegadas de turistas internacionales en Europa deberían aumentar de manera significativa en los próximos años. Por último, los turistas europeos forman también uno de los mayores contingentes de turistas que se desplazan a terceros países, lo que constituye una fuente de ingresos muy importante en numerosos países. Estos elementos justifican una profundización de la dimensión externa de la política turística de la UE, con el fin de mantener los flujos de turistas procedentes de terceros países y también apoyar a los socios de la UE, en particular, en el Mediterráneo.

⁷ TUDELA ARANDA, J., “La ley y el reglamento en el Derecho del Turismo”, *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, 2001. Pág. 124. “Es innegable que una de las características fundamentales de la actividad turística es la de su naturaleza poliédrica”

⁸ A esta paradoja parece referirse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “El valor de lo intangible y armonizado en la calidad turística europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24, 2013, pág. 343, cuando manifiesta que “cuando se habla de turismo y desarrollo sostenible se están relacionando dos fenómenos que, en sí mismos, pueden resultar a primera vista, contradictorios: un fenómeno que desde el punto de vista numérico y de calidad puede resultar deteriorante del medio en que se desenvuelve y otro fenómeno que persigue precisamente el efecto inverso: que se mantenga el desarrollo y el medio en un punto tal de equilibrio que exista una perfecta interacción sostenida en el tiempo y para el disfrute de generaciones futuras”.

Piénsese, por ejemplo, en aquellos parajes naturales recónditos, pueblos escondidos, lugares recoletos, ocultos, cuyo encanto radica, precisamente, en su carácter reservado. Si se mantienen alejados del turismo conservarán, sin duda, su atractivo. Pero se estará privando a las gentes que lo habitan de la posibilidad de explotar económicamente esa circunstancia mediante la industria turística. Y, por otro lado, un aprovechamiento excesivo, incontrolado, de esos territorios, dará al traste, en poco tiempo, con el encanto que, en un primer momento, sirvió de reclamo turístico⁹. No es difícil encontrar casos así en nuestra geografía. Porque no nos debemos engañar en este sentido. Los turistas actuales son muy exigentes. Buscan experiencias únicas. Lo auténtico. Es decir, existe cierta tendencia en la actualidad, no carente de cierto esnobismo, por otra parte, a rechazar lo multitudinario.

De ahí que lo realmente difícil sea encontrar el justo equilibrio entre ambos vectores: por un lado, el desarrollo económico de esos lugares que, por lo demás, suelen estar enclavados en entornos rurales muy limitados desde el punto de vista económico; y por otro, mantener el encanto del recurso turístico, es decir, conservarlo en condiciones óptimas para que pueda generar corrientes turísticas adecuadas.

Y es aquí donde se llama a actuar a la Administración pública. En el mantenimiento de este difícil equilibrio que implica, en definitiva, la sostenibilidad del desarrollo turístico

Y es que, en efecto, la Unión Europea reconoce la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento como libertades básicas comunitarias (artículos 56 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea); la Constitución, por su parte, establece la economía de mercado y protege la libertad de empresa (artículo 38). No

⁹ Este ejemplo, dedicado fundamentalmente al turismo rural, es fácilmente extrapolable a otros subsectores turísticos.

cabe duda, por consiguiente, de que la Administración pública debe respetar y proteger la iniciativa económica privada en el sector turístico.

Pero, por otro lado, la Administración tiene encomendada por la propia Constitución¹⁰, y también por el Derecho de la Unión Europea¹¹, la consecución de fines de interés general relacionados con la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural y urbano, la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, del entorno y del equilibrio social, etcétera.

En definitiva, se trata de alcanzar el objetivo de un desarrollo turístico sostenible. Y para ello no queda más remedio, en ocasiones, que limitar, de la forma menos restrictiva posible¹², el derecho a la libertad de empresa y a la libre iniciativa económica de los particulares. Utilizando, para ello, los medios más eficaces para el cumplimiento de tales objetivos, pues es este un principio esencial en la actuación de la Administración: el principio de eficacia (artículo 103.1 de la Constitución).

¹⁰ Véase en este sentido, los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Título I, Capítulo II, Sección III de la Constitución Española.

¹¹ Así, el actual artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea establece que:

“3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

¹² Principio de proporcionalidad e intervención menos restrictiva posible en la actuación de los particulares. Así, COSCULLUELA MONTANER, L., y LÓPEZ BENÍTEZ en *Derecho Público Económico*, Ed. Iustel, 2011.

Bien, pues en relación con ese necesario equilibrio que constituye el desarrollo turístico sostenible, y que ha de perseguir la Administración pública en la implementación de las correspondientes políticas, se analiza en este trabajo el impacto que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior¹³, a la que en adelante me referiré como “Directiva Servicios” o “Directiva”, va a tener en nuestro turismo. Pero no un impacto medido exclusivamente en términos económicos, repito, sino con una perspectiva mucho más amplia, es decir, medida en términos de calidad¹⁴ de los servicios y, por consiguiente, tomando como referente el desarrollo sostenible del turismo.

En definitiva, se pretenden medir los efectos que esta norma comunitaria, esencialmente pensada para favorecer la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento (la libertad de empresa) puede tener en ciertos aspectos del turismo esenciales para alcanzar la calidad y el desarrollo sostenible.

Y es que, tal y como tendré ocasión de manifestar de forma reiterada a lo largo de este trabajo, la generalización del sistema de control previo contemplado en la citada Directiva, no parece que vaya a favorecer el cumplimiento de los objetivos de interés general que tienen encomendadas las Administraciones públicas. En este aspecto, según defiendo, las autorizaciones y licencias son un medio muy eficaz para defender los intereses generales. Esto no significa, como diré, que los procedimientos administrativos correspondientes no deban ser modificados en aras a conseguir una mayor agilidad. Desde luego, se deben simplificar para reducir los altos costes que, en la actualidad, generan a las empresas y profesionales del sector. No cabe ninguna duda. Pero modificar, agilizar, simplificar o racionalizar la Administración pública, no es lo

¹³L 376/36 ES.

¹⁴ Este concepto de calidad, al que me referiré más adelante de forma detallada, resulta esencial en el presente trabajo, pues en torno a él giran todas las cuestiones que se van a plantear. Y es que, no se puede concebir un desarrollo turístico sostenible sin la garantía de que los servicios turísticos que se van a prestar cumplen los más altos estándares de calidad. Calidad y sostenibilidad, por consiguiente, principios turísticos indisolublemente unidos.

mismo que eliminar la intervención administrativa. Lo primero es liberalización, lo segundo desregulación¹⁵.

Pero el mayor problema, no obstante, y según mi opinión, no se encuentra en el contenido de la Directiva Servicios, sino en la interpretación que de la misma ha realizado el legislador estatal y los autonómicos a la hora de llevar a cabo la correspondiente transposición. Se ha adaptado, en este sentido, y utilizando los términos del Consejo de Estado, un “enfoque ambicioso”. Es decir, se ha querido, y se ha conseguido, ir más allá de lo que exigía la norma europea. Así, en muchas ocasiones, se ha “desarmado” a la Administración para el cumplimiento de sus fines de interés general, lo que puede redundar en un descenso de la calidad del turismo en nuestro país y, por consiguiente, pérdida de competitividad y verse afectado el compromiso de sostenibilidad. En este sentido, resulta paradójico también que la norma europea que pretendía alcanzar las mayores cotas de competitividad en la economía de la Unión, pueda producir el efecto contrario por una inadecuada interpretación de los correspondientes legisladores españoles.

Otra de las cuestiones analizadas a lo largo de este trabajo, será la relativa a la competencia material sobre el turismo. Y no solo desde el punto de vista de la distribución de competencias del Estado y las comunidades autónomas, cuestión que no resulta demasiado problemática en la actualidad ya que se le atribuye en exclusiva a estas. Sino, sobre todo, desde la perspectiva de la descentralización autonómica a favor de los entes locales, mejor situados, en mi opinión, para ejercitar determinadas competencias turísticas relacionadas con los procedimientos de control administrativo.

También se pondrá de manifiesto la íntima relación existente entre la Directiva Servicios y el desarrollo de la Administración electrónica. De hecho, la mayoría de los objetivos impuestos por la norma europea no se podrán alcanzar sin un adecuado

¹⁵ O, según algunos autores, privatización. Véase, en este sentido al profesor José ESTEVE PARDO en “La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pág. 15.

desarrollo de los medios electrónicos. Es esencial, en este aspecto, habilitar los instrumentos necesarios para facilitar las relaciones entre las diferentes administraciones públicas y entre estas y los particulares, ciudadanos y empresas. De esta manera, tal y como se indicará, la implantación de los nuevos sistemas de comunicación previa y declaración responsable, junto con el indispensable control posterior, solo podrán implantarse de manera eficaz si se han habilitado los sistemas de interoperabilidad correspondientes, es decir, si existen medios habilitados para que las Administraciones consulten los datos referentes al cumplimiento de los requisitos. Y siempre teniendo en cuenta, como es lógico, el necesario consentimiento de los particulares para que dicha información pueda ser consultada por las diferentes Administraciones competentes.

Por otro lado, pese a que se ha querido adoptar una visión general del turismo, teniendo en cuenta que la calidad se mide en términos globales, es decir, según la satisfacción global y completa del turista, se ha realizado un análisis exhaustivo del impacto de la norma europea y su transposición en todos y cada uno de los subsectores turísticos. Porque, en efecto, no puede ser igual el impacto del cambio de paradigma en el control administrativo en la restauración que en el turismo activo, por poner un ejemplo. En el primero está en riesgo la satisfacción del cliente, en el segundo, su propia integridad física.

Además, he realizado un análisis exhaustivo de la transposición que de la Directiva han realizado las comunidades autónomas en sus respectivas leyes sectoriales. Para ello, he distinguido aquellas regiones que han llevado a cabo una interpretación más extensiva de la norma comunitaria, de aquellas que, por el contrario, han sido más cautelosas, teniendo en cuenta que existen razones imperiosas de interés general que permiten mantener, en muchos casos, los controles administrativos previos. Se ha de tener en cuenta, incidiendo en la cuestión, que al ser el turismo una competencia exclusiva autonómica, son estas las que deben valorar la posibilidad de mantener los correspondientes controles previos en sus respectivos ámbitos, valorando, por tanto, la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

En cualquier caso, parece que la transposición de la Directiva Servicios en el ámbito turístico ha tenido como consecuencia una intensa liberalización del sector. Y ello implica, de forma errónea en mi opinión, una visión exclusivamente económica. De alguna manera, parece que hemos vuelto a la época del desarrollismo turístico, en la que se atiende preponderantemente al aumento de los ingresos económicos. Tiende a fomentarse de nuevo la cantidad frente la calidad. En conclusión, se pone en riesgo la sostenibilidad del turismo español que, no olvidemos, está formado por las políticas turísticas de todas las comunidades autónomas.

El trabajo, en fin, ha quedado estructurado en dos partes bien diferenciadas. Una primera dedicada a analizar el turismo en nuestro país: sus características y las razones de interés general existentes que justifican una intervención administrativa. Y una segunda referida, en concreto, a los efectos de la transposición de la Directiva en el sector turístico español, es decir, la liberalización. Se incluye además, en la parte final, una serie de propuestas que, en mi opinión, pueden paliar los efectos negativos de la Directiva.

Citando textualmente al profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Cada generación, cada individuo, contempla el paisaje que le ha tocado en suerte, atónito, admirado, acaso indiferente en general, traído y llevado por los vientos de la Historia, como llevan las olas del mar los troncos o las hojas de los árboles”¹⁶. Pues bien, a mi me ha tocado en suerte vivir la aprobación de la Directiva Servicios y su transposición al ordenamiento jurídico español, y he considerado adecuado dedicar mi tesis doctoral al análisis de una norma que, como indicaré en las páginas correspondientes, ha pasado desapercibida hasta hace relativamente poco tiempo. Y aun hoy, siendo una norma relativamente conocida y analizada por la doctrina, pienso que no está siendo adecuadamente interpretada por los legisladores que han llevado a cabo su transposición en el ordenamiento jurídico español, lo que puede generar importantes problemas en los diferentes sectores económicos afectados. Pero especialmente el del turismo, que resulta tan sensible a los cambios legislativos.

¹⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 17.

En las próximas páginas explicaré los efectos que esa norma ha tenido sobre nuestro ordenamiento jurídico y sobre los diferentes sectores afectados. Proponiendo, en la parte final, diferentes soluciones que intentan paliar sus efectos más perversos.

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS GENERAL DEL SECTOR TURÍSTICO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL TURISMO. UN ANÁLISIS JURÍDICO

1.- Derecho y Turismo.

1.1.- El concepto de turismo. Sobre la dificultad de aproximarse a una definición exacta.

Cuando se habla de turismo, todo interlocutor parece saber de qué se trata, aunque sea difícil ofrecer una definición exacta de este fenómeno¹⁷ tan relevante. Y es que, en efecto, intentar definir lo que es el turismo no es tarea fácil. Hay que tener en cuenta que estamos ante una materia “etérea, compleja, cercana a lo inaprensible”¹⁸.

La Organización Mundial del Turismo¹⁹ (en adelante me referiré a esta organización internacional con las siglas OMT) lo ha definido como “las actividades

¹⁷ El profesor MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de científicación”, *Estudios Turísticos*, nº 171, 2007, pág. 35, considera al turismo un nómeno más que un fenómeno. Es decir, “lo que nos interesa del turismo es no tanto comprenderlo como describirlo y comprender los efectos que produce tanto en el territorio como en las relaciones humanas y en la economía”

¹⁸ TUDELA ARANDA, J., “La ley y el reglamento en el Derecho del Turismo”, *Documentación Administrativa*, nº 259-260, 2001, pág. 120.

¹⁹ A estos efectos véase la página web: <http://www2.unwto.org/es/content/acerca-de-la-omt>.

La Organización Mundial del Turismo (OMT) es el organismo de las Naciones Unidas encargado de la promoción de un turismo responsable, sostenible y accesible para todos.

La OMT, como principal organización internacional en el ámbito turístico, aboga por un turismo que contribuya al crecimiento económico, a un desarrollo incluyente y a la sostenibilidad ambiental, y ofrece liderazgo y apoyo al sector para expandir por el mundo sus conocimientos y políticas turísticas.

La OMT defiende la aplicación del Código Ético Mundial para el Turismo para maximizar la contribución socioeconómica del sector, minimizando a la vez sus posibles impactos negativos, y se ha comprometido a promover el turismo como instrumento para alcanzar los Objetivos de Desarrollo de las

que realizan las personas durante sus viajes y estancias en lugares distintos a su entorno habitual, por un periodo de tiempo consecutivo inferior a un año, con fines de ocio, por negocios y otros”²⁰.

Pero, entonces ¿Qué es el turismo? En principio, se puede indicar que implica, necesariamente, el desplazamiento de las personas fuera de su lugar de residencia habitual. El hecho de que sea dentro o fuera del territorio nacional será importante a efectos estadísticos y económicos, es decir, para distinguir entre “turismo internacional”²¹ o “turismo interno”²², pero a efectos conceptuales, resulta indiferente.

De acuerdo con esto, entonces, no se podrá calificar como turismo el hecho de que una persona consuma servicios (aunque se trate de servicios turísticos) en su lugar de residencia habitual. Por ejemplo, si un ciudadano reside en Madrid y acude al Museo del Prado, ese hecho no podrá ser calificado de turístico, igual que si va a cenar a un restaurante de su ciudad o durante el fin de semana decide hacer una actividad de turismo activo en su ciudad. Se llega así a una distinción clave en la materia:

Naciones Unidas para el Milenio (ODM), encaminados a reducir la pobreza y a fomentar el desarrollo sostenible.

La OMT genera conocimiento de los mercados, promueve políticas e instrumentos de turismo competitivo y sostenible, fomenta la enseñanza y la formación en materia de turismo y trabaja con el fin de hacer del turismo una herramienta eficaz para el desarrollo mediante proyectos de asistencia técnica en más de 100 países del mundo.

Entre sus miembros figuran 155 países, 6 miembros asociados y más de 400 Miembros Afiliados que representan al sector privado, a instituciones de enseñanza, a asociaciones de turismo y a autoridades turísticas locales.

²⁰MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de científicación”, cit., pág. 26, “Con motivo de la conferencia Mundial de Turismo de Ottawa (Canadá), la OMT se convenció de que había que adoptar una nueva conceptualización del turismo. La propuesta de revisión quedó recogida en una nueva definición de turismo y en la llamada Clasificación Internacional Uniforme de las Actividades Turísticas (CIUAT): Turismo es el conjunto de actividades que realizan las personas durante sus viajes y estancias en lugares distintos a los de su entorno habitual por un periodo inferior a un año con fines de ocio, negocio u otros motivos”

²¹ El turismo internacional incluye el turismo receptor y el turismo emisor, es decir, las actividades realizadas por los visitantes residentes fuera del país de referencia, como parte de sus viajes turísticos internos o emisores, y las actividades realizadas por los visitantes no residentes en el país de referencia, como parte de sus viajes turísticos receptores. <http://media.unwto.org/es/>

²² El turismo interno incluye las actividades realizadas por un visitante residente en el país de referencia, como parte de un viaje turístico interno o de un viaje turístico emisor. <http://media.unwto.org/es/>

actividades turísticas y actividades de ocio. Según lo manifestado, **las primeras implican un desplazamiento fuera del lugar de residencia habitual, las segundas, en cambio, no.**

Todo esto puede llevar a soluciones un tanto peculiares si tenemos en cuenta, por ejemplo, que en un mismo restaurante, una noche cualquiera, se pueden hallar turistas o personas que disfrutan de su tiempo de ocio en función de que tengan o no su residencia habitual en el lugar donde radique el establecimiento.

Otro dato importante para definir el turismo parece ser el de la duración. Según la definición efectuada por la OMT, el turismo debe durar menos de un año. Si el tiempo empleado en el viaje es superior, ya no se tratará de turismo, sino de otra cosa. Lo que pueda ser, sin embargo, no parece aquí muy claro. La cuestión temporal, esencial para saber si estamos ante un turista o no, puede llevar, igualmente, a situaciones un tanto paradójicas. Piénsese, si no, en una persona que decide tomarse una temporada sabática para recorrer el mundo. Si su viaje dura menos de un año, su actividad puede ser calificada como turismo. Por el contrario, si emplea más tiempo, ya no se podrá hablar de turismo. Sin embargo, independientemente del tiempo que haya empleado, habrá pernoctado en hoteles, habrá consumido comidas y bebidas en establecimientos turísticos, podrá haber contratado su viaje, incluso, en una agencia especializada. Pero no se tratará de turismo. Es decir, habrá consumido servicios turísticos pero no estaremos ante un hecho turístico.

Por otro lado, también es importante mencionar, según entiendo, que no es relevante para definir el fenómeno turístico el dato de la causa que motiva el desplazamiento del lugar de residencia habitual. Es decir, el turismo hace abstracción de las motivaciones que originan el viaje²³. Pueden ser de ocio, laborales, familiares,

²³ Algunos autores hablan de la necesidad de que el viaje que emprende el turista ha de ser, en cualquier caso, voluntario, es decir, no debe ser obligado. Así, LAVAU, L., "Hacia una historia del turismo", *Estudios Turísticos*, n° 44, 1974, pág. 600, indica que "Para que se pueda denominar a un viaje "turístico", tiene que existir voluntariedad por parte de los viajeros. De ahí que no suela admitirse como turismo el viaje de Ulises en la Odisea, ya que fue hecho contra su voluntad". En cualquier caso, debemos

etcétera. De tal forma que, en principio, nada impide que sea calificado como turístico el desplazamiento a otra ciudad para asistir a un funeral o recibir un tratamiento médico²⁴. Sin embargo, si este dato no resulta relevante para esbozar un concepto de turismo, si resultará esencial para la industria turística, pues será imprescindible conocer los motivos que han llevado a un turista a elegir un destino (producto turístico) para poder ofrecer un mejor servicio, es decir, un servicio de calidad²⁵.

En definitiva, está claro que esta definición de turismo es el resultado de una convención²⁶ y que, por consiguiente, se podría haber adoptado otra diferente. Y es que, el turismo debe ser acotado frente a otros hechos sociales y actividades similares²⁷. Pero sus contornos son muy imprecisos.

tener en cuenta que no deja de ser igualmente contradictorio calificar un viaje profesional o laboral como turístico, pues la voluntariedad estará lógicamente más difuminada en este caso, si bien se podrá combinar ocio y trabajo en un mismo viaje.

²⁴ FERNANDEZ RODRIGUEZ, C., *Derecho administrativo del Turismo*, Ed. Marcial Pons, 4ª, ed., Madrid, 2007, pág. 241. “La esencia de lo turístico ciertamente ha sido vinculado a la idea de ocio como justificación del traslado o cambio de residencia de las personas, pero progresivamente esa idea de ocio se ha ido sustituyendo por otras motivaciones que justifican asimismo el desplazamiento de las personas de un lugar a otro”. Otros autores, más antiguos, sin embargo, se refieren a las motivaciones del turismo, como, por ejemplo, PIDAL RODRIGÁLVIZ, L., “Aspectos jurídico y social del turismo español”, *Estudios Turísticos*, núm. 2, 1964, pág. 103, “El turismo no consiste en el desplazamiento de pueblos y masas de los que existen ejemplos en los tiempos bíblicos, en la antigüedad clásica o en el Medievo., impulsado por ideales religiosos, mercantiles, políticos o por afán de aventuras colectivas que se traducen en movimientos migratorios de consecuencias más o menos duraderas.

²⁵ GARCÍA SAURA, P. J., *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 57, “Conocer el motivo por el cual se viaja resulta ser muy útil para la industria turística, que se especializa en función de ella para la oferta de distintos servicios”.

²⁶ LAVAUR, L.: “Glosario histórico del término turismo”. *Revista de Estudios Turísticos*, núm.15. 1967, pág. 37, “El vocablo turismo es simplemente una etiqueta verbal, que desde no hace mucho tiempo, califica un actos social casi tan viejo como el mundo, practicado bajo nombres y modalidades de extrema diversidad”

²⁷ MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de científicación”, *Estudios Turísticos*, cit., pág. 9. “Los aspectos conceptuales son siempre de gran importancia en cualquier campo y, muy especialmente, en el de turismo como veremos”.

El problema fundamental es que es necesario realizar una definición del turismo para comenzar a construir el mismo como ciencia²⁸. Y esta necesidad es más acusada si cabe, como trataré de explicar a continuación, si lo que se pretende es acercarse al turismo desde una perspectiva jurídica, pues, en este caso, se hace mucho más apremiante definir con exactitud el objeto de lo que se pretende regular, para llevar a cabo una ordenación racional del mismo y conocer las normas que resultan de aplicación²⁹.

En conclusión, es muy difícil definir el turismo. Nos podemos aproximar haciendo referencia los elementos que componen la oferta (servicios turísticos) o la demanda (turistas), etcétera. Pero es complicado ofrecer una definición exacta que establezca, con total precisión, lo que el turismo sea. Y sin embargo, es necesario tratar de establecer unos mínimos conceptos que sirvan de sustento al estudio de este fenómeno social, si se quieren alcanzar ciertos resultados seguros que nos sirvan de base para la elaboración de estudios (jurídicos, económicos, sociológicos, etcétera) sobre el mismo³⁰.

Si acaso, una de las definiciones más simples (y por ello quizás también, más imprecisa) de turismo es la que ofrece el profesor Francisco MUÑOZ DE ESCALONA. El citado autor define el turismo como aquellos “desplazamientos que implican una salida y, posteriormente, un regreso al lugar de partida, lo que equivale a la ausencia pasajera del lugar de residencia permanente y a residencia temporal en lugares

²⁸ MUÑOZ DE ESCALONA, F., “Turismo y Desarrollo”, cit., pág. 28, “El turismo es un concepto impreciso, y un concepto impreciso no es científico ni puede utilizarse como fundamento para desarrollar una disciplina científica, estatus al que aspira la doctrina del turismo, pero al que no ha llegado todavía, en nuestra opinión”.

²⁹ TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-I, 1996, pág. 305. “No es uno de los problemas menores del estudio del turismo la escasa delimitación conceptual. Turismo, turista, empresa turística, son términos vagos, de alcance muy variable que solo pueden servir al derecho si son objeto de una definición uniforme”.

³⁰ MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de científicación”, cit., pág. 9. “Los aspectos conceptuales son siempre de gran importancia en cualquier campo y, muy especialmente ...”

ajenos”³¹. En otras palabras, un viaje circular³². Esta definición, pese a que tiene importantes ventajas derivada de su simplicidad, resulta de poca utilidad a los juristas, quienes requieren de mayor precisión en las definiciones de los conceptos jurídicos para alcanzar mayores cotas de seguridad jurídica. Pero a ello me referiré más adelante de forma detallada.

De lo que no cabe duda es que **el turismo es algo más que un relevante sector económico y que por consiguiente sería de un simplismo inaceptable abordarlo exclusivamente desde una perspectiva económica**³³. Y es que, a nadie deja indiferente el turismo. Bien sea para alabar sus bondades como motor de la Economía nacional, bien sea para criticar el hecho de que esa misma Economía se sustente en un sector tan volátil en detrimento de otros sectores económicos como pueda ser el industrial o el de las nuevas tecnologías. En cualquier caso, el turismo es algo más que una actividad de consumo, ofertado y distribuido por un sector productivo y adquirido por un consumidor que selecciona productos³⁴.

1.2.- El turismo como objeto de estudio de las ciencias sociales

³¹ MUÑOZ DE ESCALONA, F., *Autopsia del Turismo: El vencimiento de la distancia*. Ed. eumed•net, 2004, pág. 78, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>

³² Asimismo lo definen BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, en la obra colectiva BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999., cuando manifiesta que “Es sabido que, a diferencia de las migraciones de los pueblos históricos, el turismo es viaje de ida y vuelta y de aquí que tome del tour (de girar, tornar) su propia definición”.

³³ BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), “Presentación”, en *La calidad integral del turismo. V congreso de turismo, Universidad y Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 21. “El turismo es industria, es servicio, y es encanto de lo inesperado”

³⁴ VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 460.

Si hay algo que se puede afirmar sin temor a equivocarse respecto del turismo, es que su estudio pertenece a las ciencias sociales³⁵.

En principio, fue la Economía la primera que llamó la atención sobre este fenómeno social como importante fuente de ingresos. El turismo es considerado, ya desde los primeros años del siglo XX, como un importante sector económico que puede reportar relevantes beneficios a las maltrechas arcas del Estado. Pero es sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando el turismo alcanza cotas extraordinarias en términos económicos. La mejora del nivel de vida general de los europeos y norteamericanos, el reconocimiento a nivel constitucional de derechos sociales a los trabajadores (vacaciones estivales retribuidas), los bajos precios de los servicios turísticos y, en general, las circunstancias geográficas y climatológicas, contribuyen al rápido desarrollo del sector turístico en nuestro país³⁶. De hecho, el ocio comienza a reconocerse como un derecho constitucional, tal y como sucede en nuestra Constitución de 1978 que lo recoge en su artículo 43.3.

Pero como fenómeno colectivo, sobre todo desde que se produce su masificación, el turismo también es objeto de estudio por la sociología³⁷. A esta ciencia social le resulta interesante analizar los motivos que mueven a millones de personas a desplazarse desde su lugar de residencia habitual a otros diferentes³⁸.

³⁵ DE ARRILLAGA, J. I., “El turismo como ciencia”, *Estudios Turísticos*, núm. 42, Madrid, 1974, pág. 11, “El turismo es una ciencia social, un comportamiento del hombre, sea turista, empresario o profesional”.

³⁶ GARCÍA MACHO, R., “La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre Derecho estatal, autonómico y local”, en GARCÍA MACHO, R., y RECALD CASTELS, A., (Dir.), PETIT LAVALL, M^a. V., *Lecciones de Derecho del Turismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 21, “En este contexto (se refiere al incremento o aparición del turismo de masas como consecuencia de la paz posterior a la IIGM) creación de nuevas infraestructuras, mejora de las condiciones laborales y consolidación de una clase media con cada vez mayor capacidad económica...”

³⁷ Sociología como ciencia social que estudia los fenómenos colectivos producidos por la actividad de los seres humanos dentro del contexto histórico-cultural en el que se encuentran inmersos.

³⁸ DE ARRILLAGA, J. I., “El turismo como ciencia”, en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural* cit., págs. 7-9. “Podemos comprobar que estamos ante un fenómeno no solo social sino masivo [...] Si hemos hecho esta breve enumeración de la importancia y complejidad del fenómeno turístico y de sus múltiples y beneficiosos efectos, que son

Incluso desde la filosofía, puede resultar interesante estudiar los motivos últimos que pueden llevar a un individuo a alejarse de lo que le es habitual o normal. En este sentido, resulta muy interesante un pequeño estudio realizado por Juan ORTIZ DE MENDIVIL donde se analiza la búsqueda de la sensación de evasión que caracteriza a los turistas contemporáneos. El turismo como una solución frente a “angustia irracional que sentimos enfrentados con un horizonte social invariable. Es la intuición de un apego, un anquilosamiento, que desde dentro, irracionalmente nos aconseja: cambia, huye [...] La voz interior aconseja [...] ¡evádate!, en forma tanto más compulsiva cuanto que la realidad y el nivel de aspiraciones de lo cotidiano suele ser bajo cuanto no deprimente [...] Aun cuando se hicieran realidad la mayoría o incluso todos los “sí”, esos condicionantes fantasmales que parecen cerrarnos el camino a la felicidad – entendiéndose mayor salario, mayor gratificación sexual, o familiar, o profesional- el problema de base, de fondo, la sensación profunda en determinados momentos de la vida, incluso en forma reiterativa, de que es necesario soltar lastre, evadirse quizá para volver a añorar persistiría. De esta forma la evasión no es en sí misma censurable, sino explicable. Es lógica y explica porqué está institucionalizada la diversión. Sigue siendo ese “verterse fuera de”, fuera de los demás y también en la medida de lo posible de uno mismo, tratando de escapar, como dice HUXLEY a la abrumadora conciencia de ser simplemente uno mismo; trascendiendo los límites del yo aislado; escapando a la presión de la identidad esclavizadora. Así el turismo se nos presenta inicialmente como una liberación, evasión, hoy institucionalizada, que afecta a grandes masas, aspecto este, el cuantitativo, nada desdeñable”³⁹.

Con esa misma idea de evasión a la que me acabo de referir, Amandine Aurore Lucile Dupin, baronesa Dudevant, conocida bajo el seudónimo literario de George SAND, intenta explicar las razones que pueden incitar a un viaje de la siguiente manera: “¿Por qué viajar cuando no se está obligado a hacerlo?, Hoy, al regreso de las mismas

sociales, económicos, políticos, culturales e internacionales, es para demostrar la necesidad de su estudio, de llegar a un conocimiento lo más perfecto posible de sus múltiples aspectos y de que este conocimiento no sea meramente empírico, sino verdaderamente científico”.

³⁹ ORTIZ DE MENDIVIL, J., “Ocio y Turismo”, *Estudios Turísticos*, nº 38, Madrid, 1973, págs. 31 y 32.

latitudes atravesada por otro punto de la Europa meridional, me dirijo la misma contestación que me hice otra vez a mi regreso de Mallorca: Es que no se trata tanto de viajar como de partir. ¿Quién de nosotros no tiene algún dolor que olvidar o algún yugo que sacudir?⁴⁰.

En otro sentido completamente distinto, más propio de su carácter, Don Miguel DE UNAMUNO se refiere a las motivaciones de algunos turistas para emprender el viaje: “Viajar, sí, viajar, pero no solo para poder contarlo luego y decir en el sosiego de la casa a los hijo, a los amigos, “¡También yo estuve allí”!, que esto las más de las veces no pasa de la vanidad, de esa vanidad de *parvenu* norteamericano, de especiero neoyorquino o salchichero chicaguense, sino además, y sobre todo, para recordarlo y paladearlo a solas y para encender con el recuerdo de esos viajes a ajenas tierras el tibio y recalentador apego al rinconcito en que se nació o en que se vive en nido propio. Pero, ¿Para qué viajan la mayoría de los que viajan? ¿Hay algo más azarante, más molesto, más prosaico que el turista? El enemigo de quien viaja por pasión, por alegría o por tristeza, para recordar o para olvidar, es el que viaja por vanidad o por moda [...]”⁴¹

Y por lo que a este trabajo interesa, desde el Derecho existe, igualmente, un lógico interés por el turismo. En un primer momento, cuando aparece lo que hoy se denomina el turismo moderno a finales del siglo XIX, interesan los beneficios económicos que reporta pues puede ser un medio adecuado para equilibrar la balanza de pagos del lado de las exportaciones.

Así, las primeras actuaciones administrativas relacionadas con el sector son de fomento⁴² de las actividades turísticas, intentando paliar el escaso interés privado

⁴⁰ George SAND, *Un invierno en Mallorca*, Antigua Imprenta Soler, Palma de Mallorca, 1975, nota del autor.

⁴¹ Don Miguel DE UNAMUNO, *Andanzas y visiones españolas*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, “Ciudad, campo, paisajes y recuerdos”, pág. 78

⁴² No hay más que mencionar la Exposición de Motivos del Decreto de 6 de octubre de 1905 del Rey Alfonso XIII (Gaceta de Madrid núm. 280, de 7 de octubre del mismo año), por la que se crea la

(mediante el denominado principio de subsidiariedad de la actuación de la Administración pública).

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial el turismo se convierte en algo masivo. Esto ocurre de forma especialmente intensa en nuestro país debido a una serie de factores que potencian la llegada de turistas, tales como, la geografía, el clima, la debilidad de la peseta frente a las divisas extranjeras, el halo de exotismo que todavía en los años cincuenta y sesenta envuelve a nuestro país, etcétera⁴³.

Esta masificación llegó a producir importantes efectos negativos sobre otros bienes igualmente necesitados de protección jurídica, como el medio ambiente, la defensa de los consumidores turísticos, etcétera, por lo que el Derecho deberá actuar en defensa de esos bienes utilizando todos los instrumentos a su alcance.

Por consiguiente, se puede concluir, sin perjuicio de que me refiera a ello más adelante, que **la preocupación del Derecho por el turismo ha sido directamente proporcional a su importancia económica y social. Primero para fomentar la realización de actividades turísticas que aumentaran los ingresos económicos y,**

Comisión Nacional para el Fomento del Turismo, en la que expresamente se manifiesta que “Entre los medios eficaces que las naciones emplean para mantener su riqueza en creciente desarrollo y para lograr que su moneda tenga un valor legal efectivo, hay que poner en primer término el mantenimiento de una balanza económica favorable, en la cual los ingresos de todo género sean mayores que los gastos. Esos ingresos de la balanza económica de las naciones no se forman exclusivamente de las mercancías que se exportan: tiene, por el contrario, otras muchas fuentes, y entre ellas se encuentra la creciente afición a viajar, que constituye en el extranjero un deporte de todas las clases sociales, y especialmente de las más acomodadas.[...] Reúne España condiciones análogas a Suiza y a Italia, así por su topografía y su clima cuanto por los monumentos artísticos y la riqueza de recuerdos históricos...”. En este sentido, véase el trabajo de la profesora Carmen FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Derecho administrativo del Turismo*, cit., pág. 40, “En dicha norma se pone de manifiesto el interés público del turismo como fuente de ingresos respecto de la cual la actuación administrativa preferente es la de su fomento”

⁴³ La profesora Carmen FERNANDEZ RODRIGUEZ, en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 14, indica que “no puede eludirse analizar la trascendencia del turismo en nuestro país a lo largo de la historia como un fenómeno que viene conformando nuestra singular estructura económica. A pesar de sus problemas y dificultades, lo cierto es que España, por sus características antropológicas, geográficas y climáticas, es un país esencialmente turístico”.

después, para paliar los efectos negativos que un exceso de demanda pudiera ocasionar en determinados bienes jurídicos.

1.3.-Concepción multisectorial y dimensión transversal del turismo. Multiplicidad de intereses en juego.

Como se acaba de mencionar, sobre el turismo influyen diversos campos científicos (Economía, Derecho, Sociología, etcétera). En este sentido, se puede hablar del turismo como un concepto multisectorial, interdisciplinar o poliédrico⁴⁴, para referirse a la misma circunstancia: el turismo puede ser analizado desde diferentes ámbitos. En esta línea se puede indicar que el turismo “es más que un fenómeno jurídico, algo sociológico, económico, cultural e incluso político”⁴⁵.

Pero, incluso dentro de la ciencia jurídica, el turismo desborda, como tendré ocasión de señalar más adelante, las diferentes ramas en las que puede ser dividido el ordenamiento jurídico (Derecho administrativo, civil, mercantil y laboral).

Por otro lado, hay que indicar que el turismo es una materia transversal. Esta característica, íntimamente relacionada con la anterior aunque claramente diferenciada, implica que el turismo puede tener efectos, a su vez, sobre muy diferentes ámbitos⁴⁶. Es

⁴⁴ TUDELA ARANDA, J., “Unas reflexiones dinámicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”, en MELGOSA ARCOS, F. J. (Dir.), *Derecho y Turismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 17, se refiere a la “naturaleza interdisciplinar de la actividad turística”. Carmen FERNANDEZ RODRIGUEZ, en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 46, “Complejidad de coordinar y promover un sector en el que se hayan implicados otros muchos”. TUDELA ARANDA, J., “La ley y el reglamento en el Derecho del Turismo”, cit., pág. 124, “Es innegable que una de las características fundamentales de la actividad turística es la de su naturaleza poliédrica”

⁴⁵ CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000, pág. 16.

⁴⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., (Dir.), MARTÍNEZ JIMENEZ, E. y PEDREIRA MENENDEZ, J., *Derecho público del turismo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 39, “Si por algo se caracteriza el turismo es por su complejidad, por no ser un elemento simple. Antes al contrario, el turismo es una actividad transversal que afecta a múltiples y dispares elementos”

decir, que una decisión que se tome en materia turística puede afectar, de forma positiva o negativa, a otros ámbitos materiales, y viceversa. De ahí que sea importante tener en cuenta los efectos que las políticas sobre turismo puedan tener en otros ámbitos sectoriales⁴⁷. E igualmente, al contrario, es decir, será necesario tener en cuenta, a la hora de elaborar otras políticas públicas en ámbitos generales o sectoriales, los efectos que puedan tener sobre el sector turístico. En este sentido, es necesario tener en cuenta que una parte importante de las políticas públicas con un potencial efecto sobre el turismo son elaboradas desde la Unión Europea. Siendo esto así, ¿no sería adecuado que la política turística se convirtiera en una política comunitaria transversal? No parece una idea descabellada, sobre todo si se tiene en cuenta que este sector económico se ha convertido en el más importante de la Unión⁴⁸.

Por último se ha de indicar que, **fruto de este carácter multidisciplinar, y sobre todo de la horizontalidad inherente al turismo, existen gran cantidad de intereses sobre el mismo que, en muchas ocasiones, están enfrentados**. Pensemos, por ejemplo, en el interés de un municipio de la costa que pretende desarrollar su turismo fomentando la creación de alojamientos, y los intereses de un grupo de ecologistas que, por el contrario, defienden un control estricto de la capacidad de carga del territorio para preservar el entorno natural. La función de la política turística será, en mi opinión, alcanzar un término medio a dichas propuestas antagónicas y favorecer un desarrollo turístico pero equilibrado y sostenible.

⁴⁷ VILLANUEVA CUEVAS, A., “La necesidad de una nueva perspectiva de regulación en la legislación autonómica en materia de turismo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 28, 2011, pág. 6, “La horizontalidad que caracteriza e identifica el turismo exige un tratamiento transversal del mismo, que incluya la naturaleza económica que este posee, pero también la vinculación e influencia que recibe a través de otras políticas públicas no estrictamente turísticas y sobre las cuales, a su vez, las decisiones adaptadas en este sector influyen igualmente”.

⁴⁸ Debo citar, en este sentido la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones: *Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el destino europeo*, Bruselas, 30.6.2010 COM (2010) 352 final. Igualmente, AGUADO I CUDOLÀ, V., “El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo: Valoración general” en AGUADO I CUDOLÀ, V., y CASANOVAS I IBÀÑEZ (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pág. 14. Por otro lado, FERNANDEZ RODRIGUEZ, C., en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 59, señala que “Con carácter directo, las comunidades han asumido competencias de tipo subsidiario sobre el turismo desde su misma creación

1.4.- Perspectiva jurídica del turismo. Evolución de la preocupación del Derecho por la realidad turística.

En efecto, como acabo de señalar, el turismo es una materia multisectorial y transversal, siendo el Derecho una de las ciencias sociales que mayor preocupación ha mostrado por este fenómeno a lo largo de la historia reciente⁴⁹. Por otro lado, dentro de la ciencia jurídica, hay que tener en cuenta que es el Derecho Administrativo la rama del ordenamiento jurídico que con mayor intensidad incide en esta realidad, pues es la que se ocupa de las relaciones jurídicas que pueden surgir entre el Estado (y, por tanto las diferentes Administraciones públicas que lo integran) y los diferentes elementos que componen el Turismo (consumidores y usuarios, empresas y profesionales, territorio, entorno natural, etcétera)⁵⁰. Pero esa incidencia del Derecho administrativo no es exclusiva, también interviene el Derecho mercantil, el Derecho civil, el Derecho laboral o el Derecho internacional, entre otros, aunque, según entiendo, en menor medida.

En los primeros momentos del nacimiento del turismo moderno, la preocupación del Derecho fue muy débil en lógica conexión con la escasa entidad económica y social de aquel. El turismo estaba reservado a las clases altas más adineradas⁵¹, con lo que no

⁴⁹ Pese a que, como tendré ocasión de señalar más adelante, dicha preocupación no tuviera reflejo en la doctrina turística sino hasta tiempos relativamente recientes.

⁵⁰ Así lo ha puesto de manifiesto la profesora Carmen FERNANDEZ RODRIGUEZ, en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 14, al indicar que “La esencialidad del Derecho del turismo es administrativo”.

⁵¹ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, Ed. Síntesis, Madrid, 2007, pág. 15, “En la Gran Bretaña de mediados del siglo XVIII, los nuevos hábitos de las clases adineradas: El *Grand Tour*, el retorno a lo campestre, y el renacimiento de la ciudad termal de Bath, marcaron los inicios de la moderna historia del turismo”. Sin embargo, para otros autores, no podemos hablar de turismo hasta que, después de la Segunda Guerra Mundial se convierte en un fenómeno de masas, así, véase VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 457, “El turismo se ha configurado como objeto social diferenciado desde la Segunda Guerra Mundial y supone una de las características esenciales de las sociedades postindustriales. Los antecedentes de la actividad pertenecen a la historia del viaje, y aunque compartan algunas similitudes, es un fenómeno de distinta naturaleza”, aunque esta afirmación es muy discutible ya que no hay que tomar el turismo como algo concreto y estanco, sino que es un concepto que ha evolucionado y sigue evolucionando.

era prioritario llevar a cabo una regulación sobre tal sector económico. Si acaso, podemos encontrar alguna reglamentación relacionada más con la salubridad y la seguridad pública en algunos sectores concretos (que solo después de algunos años fueron considerados netamente turísticos) que con el turismo tal y como hoy lo consideramos.

Así, en nuestro país, encontramos normas jurídicas a principios del siglo XIX que, solo indirectamente, y con algún esfuerzo interpretativo, pueden relacionarse con el turismo, y en concreto con la necesidad de garantizar un mínimo de calidad a los usuarios de dichos servicios. Me refiero, en concreto, a la Real Orden de 28 de mayo de 1817 aprobada por el Rey Fernando VII, en la que se contiene el Reglamento de Baños y Aguas minerales⁵² que se refería, entre otras circunstancias, a garantizar que hubiera personal médico especializado y a reglamentar el uso de los balnearios que, según alguna autora, son la primera manifestación del turismo moderno en Europa⁵³. En la misma línea, se puede inscribir un Reglamento del año 1875 en el que se prohíbe la mendicidad en los balnearios⁵⁴.

Esa preocupación del Derecho (y más en concreto del Derecho Administrativo) comienza a acentuarse cuando los correspondientes Gobiernos se percatan del potencial económico del turismo. Así, en la primera norma jurídica netamente turística en nuestro país, el Real Decreto de 6 de octubre de 1905 del Rey Alfonso XIII⁵⁵, por el que se crea la Comisión Nacional para el Fomento del Turismo⁵⁶, se hace referencia a este interés

⁵² MARTÍN DE BALSAMEDA, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII, Se refiere a todas las Reales Resoluciones Generales que se han expedido por los diferentes ministerios y consejos en todo el año de 1817*, Imprenta Real, Madrid, 1818, pág. 194 a 206.

⁵³ Considero importante mencionar que según Ana MORENO GARRIDO, *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 24, “El termalismo y las aguas adquirieron tal importancia que se convirtieron en las primeras manifestaciones turísticas en Europa”

⁵⁴ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 24.

⁵⁵ Publicado en la *Gaceta de Madrid* con fecha de 7 de octubre del mismo año (núm. 280, pág. 79)

⁵⁶ MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho*

por la “afición de viajar” como fuente de ingresos para el país⁵⁷. Durante los primeros decenios del siglo XX, la preocupación jurídica fundamental pasa, como es fácilmente comprensible, por incrementar al máximo posible el rendimiento económico del sector turístico y equipararlo a las entonces potencias turísticas como Suiza, Italia o Francia.

El Estado interviene en sustitución de la escasa iniciativa privada mediante actividades de fomento fundamentalmente⁵⁸. Pero muestra también preocupación por la prestación de unos servicios adecuados que satisfagan a los usuarios, es decir, por un turismo de calidad (aunque lógicamente, en esta época no se utilizara este término, relativamente reciente), de ahí que también se lleven a cabo actividades de policía tales como exigir la solicitud de una autorización para la apertura de establecimientos turísticos. Así, sin ir más lejos, en una Real Orden de 27 de noviembre de 1858, del Ministerio de la Gobernación⁵⁹, que regulaba la industria hotelera exige ya una licencia renovable anualmente para la apertura de “casas de huéspedes” o similares, así como la obligación de los propietarios de llevar un registro foliado y rubricado por la autoridad competente⁶⁰.

Administrativo celebrado en Sevilla en 1966, Imprenta del Ministerio de Información y Turismo, Madrid, 1970, pág. 34.

⁵⁷ En estos términos se pronunciaba Bartolomé AMENGUAL, en 1903, dentro de la obra *La industria de los forasteros*, Ed. Miquel Font Editor, Palma de Mallorca, 1993, pág. 8, “No cabe discutir que la afluencia de viajeros representa en los países favorecidos por el turismo considerables beneficios”

⁵⁸ FERNANDEZ RODRIGUEZ, C., en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 70, “En el análisis de la evolución histórica de las instituciones administrativas turísticas surgidas en el seno de la Administración pública dando respuesta al fenómeno turístico en nuestro país, fueron consecuencia básicamente del interés por suplir de algún modo la falta de iniciativa privada en la inversión turística [...] de tal forma que la actividad administrativa originaria en materia turística fue básicamente de esta naturaleza (fomento)”

⁵⁹ Dicha Real Orden disponiendo no podrán abrirse en punto alguno del Reino, posadas públicas, casas de huéspedes, hosterías, fondas ni cualesquiera otros establecimientos de la misma especie, sin obtener antes la competente licencia del ramo de vigilancia, que se renovará anualmente, se publica en la *Gaceta de Madrid*, núm. 343, de 9 de diciembre de 1858

⁶⁰ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 50. En los mismos términos, MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L. en *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 33, “A partir de la Real Orden de 27 de noviembre de 1858, se requería para la apertura de casas de huéspedes licencias del ramo de la vigilancia”. E, igualmente, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo turístico*, Ed. Nacional, Madrid, 1974, Tomo I, pág. 41, “La Real Orden de 27 de noviembre de 1858 dispuso que para la apertura de casas de huéspedes, de dormir, fondas y hospederías en general se requería licencia previa del ramo de

Puede observarse, por consiguiente, como la preocupación del Derecho por garantizar una mínima calidad en los servicios turísticos es bien temprana⁶¹. Las primeras intervenciones del Derecho Administrativo en materia turística son, por ende, de fomento y policía

Pero es a partir de la Segunda Guerra Mundial, con el nacimiento del turismo masificado, cuando el Derecho comienza a jugar un papel mucho más importante en el sector turístico. Ya he hablado de ello. Como consecuencia inmediata del aumento de la demanda en la década de los cincuenta y sesenta del pasado siglo, se multiplica la oferta de servicios turísticos (sobre todo en el litoral mediterráneo), lo que implica una situación de estrés ambiental muy acusada por el excesivo uso turístico del territorio, construcción de hoteles “rascacielos” en primera línea de playa⁶², exceso de capacidad de carga, etcétera. Sin embargo, en ese momento concreto, el Derecho no es utilizado para frenar los efectos negativos que dicho modelo podía generar, sino todo lo contrario, es decir, las políticas públicas permitieron, e incluso fomentaron, un modelo turístico que primaba la cantidad frente a la calidad, es decir, una idea de turismo puramente desarrollista e insostenible.

la hospedería [...] Orden de 11 de mayo de 1874, para abrir balnearios ya se exigía una autorización previa y el examen del cumplimiento de los correspondientes requisitos.”

⁶¹ En el mismo sentido, la Real Orden Circular de 17 de marzo de 1909, exigía a los promotores de actividades de alojamiento de viajeros la necesidad de solicitar una autorización previa para abrir el establecimiento, y ello “para evitar el desgobierno, homogeneizar y, sobre todo, cuidar de la calidad de un sector trascendental en el desarrollo turístico nacional”. Ver MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 52. Ver, asimismo, MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 33 “Real Orden Circular de 17 de marzo de 1909, se contienen una serie de prescripciones que serían el germen de las futuras intervenciones administrativas en materia de hospedajes turísticos”

⁶² Sobre este tipo de desarrollo turístico, el de la construcción de grandes torres de apartamentos y hoteles en primera línea de playa podemos encontrar algunos defensores. Así, véase al sociólogo Mario GAVIRIA que “escandalizó sobre todo por su aplauso teórico a la aplicación práctica del modelo de Benidorm por el acuñada, caracterizado por la concentración de los usos residenciales en grandes torres de apartamentos, evitando con ello el agotamiento horizontal del suelo por la difusión de los clásicos chalets familiares, hoy denominados *bungalows* adosados”. Así lo indica el profesor Ramón MARTÍN MATEO, *La gallina de los huevos de cemento*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 109.

Y no es hasta principios de los setenta del pasado siglo, momento en el que modelo de desarrollo turístico anterior entra en una crisis profunda, cuando el Derecho es de nuevo utilizado para cambiar el sistema hasta entonces vigente basado en el crecimiento ilimitado. El nuevo marco jurídico, con la Constitución de 1978 como referente, sirve de instrumento para el desarrollo de nuevas políticas turísticas basadas en la protección del entorno natural, la calidad y el desarrollo sostenible.

Por consiguiente, como se puede observar, la preocupación del Derecho por el sector turístico ha sido directamente proporcional a su importancia económica. El intenso intervencionismo del que es objeto, sobre todo a partir de la década de los cincuenta, está relacionado con su gran capacidad para generar ingresos económicos⁶³

1.5.- Sobre la necesidad de ofrecer un concepto jurídico de turismo.

A lo largo de toda la historia reciente de la legislación turística en nuestro país, solo una Ley preconstitucional se atreve a definir el turismo y, por tanto, a intentar ofrecer un concepto jurídico del mismo. Así, la Ley sobre competencias en materia turística de 1963, Ley 48/1963, de 5 de julio, (B.O.E. núm. 164, de 10 de julio) define el turismo en su Exposición de Motivos como “el movimiento y estancia de personas fuera de su lugar habitual de trabajo por motivos diferentes de los habituales en quien los realiza; del mismo modo se considera actividad turística aquellas que las personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, o los órganos de la Administración ejercen y que de manera directa o indirecta se relacionan con el fenómeno turístico o pueden influir de un modo predominante sobre el mismo”.

⁶³ Así lo manifiesta el profesor José TUDELA ARANDA en “la organización administrativa del turismo”, *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., pág. 44, “La causa principal del muy notable intervencionismo que ha acompañado tradicionalmente al turismo y, en consecuencia de su notable estructura organizativa hay que buscarla sin demasiadas vacilaciones en la extraordinaria importancia económica del sector”

Pero, ¿Por qué necesita el Derecho un concepto de turismo? Pues, en principio, la respuesta es bien sencilla: para identificar y delimitar el objeto de lo que pretende regular y ordenar. Sin un concepto de turismo, cualquier actividad en la que interviniera un usuario o consumidor, podría ser considerada turística y, por consiguiente, generar la aplicación incorrecta e inadecuada del ordenamiento jurídico. Igualmente, las políticas turísticas no podrían ser aplicadas y no se alcanzarían los resultados previstos⁶⁴.

En cualquier caso, no todas las normas jurídicas autonómicas referidas al turismo ofrecen una definición del mismo⁶⁵. Eso sí, todas dedican sus Preámbulos o Exposiciones de motivos a recalcar la importancia de este como sector económico y llamar la atención sobre la necesidad de fomentar su desarrollo sostenible, respetuoso con el medio ambiente y que garantice una mínima calidad. En efecto, parece que dan por sabido lo que es el turismo. Y es que, se ha asumido que ofrecer un concepto jurídico de turismo es una misión complicada⁶⁶. Se llega a definir con mayor facilidad lo que son las empresas turísticas, los diferentes servicios turísticos que se pueden ofrecer en el territorio, los consumidores y usuarios turísticos e, incluso, los recursos turísticos. Pero ofrecer una definición de lo que es el turismo es algo más difícil, aunque algunas regiones lo hayan intentado.

1.6.- Una materia propia del Derecho Administrativo. La creciente intervención administrativa y su actual retroceso.

⁶⁴ TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit., pág. 305. “No es uno de los problemas menores del estudio del turismo la escasa delimitación conceptual. Turismo, turista, empresa turística, son términos vagos, de alcance muy variable que solo pueden servir al derecho si son objeto de una definición uniforme”.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 2.a) de la Ley de Turismo de la Rioja, Ley 2/2001, de 31 de mayo, que define el turismo como Turismo: el desplazamiento y permanencia de las personas fuera de su domicilio habitual por razones de ocio, negocio, salud, religión y cultura.

⁶⁶ CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, cit., pág. 20, “En fin, la dificultad de aprehensión jurídica, así como que se trata (insistimos) de un fenómeno más sociológico, cultural y político que jurídico, impiden su conceptualización legal salvo que se acepte una definición tan amplia como la comúnmente aceptada por todos y proveniente de la Organización Mundial del Turismo...”

Desde el punto de vista del Derecho, el turismo es una materia a la que nos podemos acercar, igualmente, desde las diferentes ramas que lo componen. Así, los contratos celebrados entre los turistas y las empresas de servicios turísticos, son contratos civiles, las empresas se rigen por las normas que componen el Derecho Mercantil, sus trabajadores estarán sometidos al Derecho Laboral, etcétera.

Sin embargo, como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, si hay un ámbito jurídico proclive a lo turístico, este es, sin lugar a dudas, el Derecho Administrativo. Así lo han puesto de manifiesto numerosos autores indicando que “la esencialidad del Derecho del Turismo es Administrativo”⁶⁷, o que “en cuanto se habla de actividad turística, eso determina la presencia de la Administración con su haz de potestades [...] y es que, el turismo constituye un campo abonado para la actuación de la Administración pública”⁶⁸. En estos términos se pronunciaron, igualmente, MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., al manifestar que “el turismo se va a destacar con propios rasgos como núcleo de polarización de intervenciones públicas”⁶⁹.

No cabe duda, como acabo de señalar, de que los contratos celebrados entre los turistas y los prestadores de servicios turísticos son privados. Interviene la autonomía de la voluntad y hay libertad tanto de pactos como de precios⁷⁰. Pero, por otro lado, no debemos olvidar que, como señalaré más adelante, en estas relaciones jurídicas

⁶⁷ FERNANDEZ RODRIGUEZ, C., en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 14.

⁶⁸ CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, cit., pág. 25.

⁶⁹ MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 34.

⁷⁰ No obstante, pese a que son contratos privados, no puede negarse su tendencia a la publicación, como así ha puesto de manifiesto CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pág. 68, “La intervención pública desplaza a la autonomía de la voluntad del contrato, ya que no son enteramente libres para fijar a su arbitrio y antojo el contenido obligacional del vínculo contractual”. En definitiva, se produce una publicación de los contratos turísticos privados.

intervienen elementos que pueden ser calificados de interés general, lo que justifica la intervención administrativa en la materia.

Así, por ejemplo, una de las partes de la relación tiene la consideración de consumidor o usuario, lo que determina la intervención de los Poderes Públicos para la defensa de sus derechos e intereses legítimos; el empresario o profesional turístico está sometido a una serie de requisitos que ha de cumplir con carácter previo al comienzo de la actividad, lo que le sitúa en una situación de sujeción especial respecto a la Administración pública correspondiente, que puede ejercer, en su caso, la potestad sancionadora; los establecimientos turísticos que se construyan deben respetar, asimismo, las normas urbanísticas y de ordenación territorial, etcétera.

Parece clara, por tanto, la especial relación que une al Derecho Administrativo y al turismo, por ser esta una actividad con claras implicaciones de carácter público y relacionada con bienes e intereses cuya protección corresponde a la Administración pública, cuya misión constitucional, como es sabido, es “servir con objetividad los intereses generales”⁷¹. Esta especial relación, que aparece con las primeras normas jurídicas que regulan el turismo (en un primer momento para fomentarlo y controlar su ejercicio, según he indicado), ha ido en aumento desde los años sesenta del pasado siglo hasta la actualidad⁷².

Y es que la intervención administrativa en el sector, y por ende las normas que le sirven de soporte jurídico, no han hecho más que crecer, aumentando las potestades administrativas en la materia⁷³. De ahí que se haya llegado a hablar de un Derecho

⁷¹ Artículo 103.1 de la Constitución Española.

⁷² Los profesores MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 37, se refieren a la “Administración creciente” para señalar este fenómeno, indicando que “a medida que van aumentando las relaciones turísticas, se va potenciando la actuación administrativa sobre el turismo”

⁷³ GARCÍA MACHO, R., “La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre Derecho estatal, autonómico y local”, cit., pág. 21.

Administrativo Turístico, no sin cierto fundamento, como “aquella parte del Derecho Administrativo especial que estudia, en sus diversas esferas la organización administrativa del turismo, la acción de policía y de fomento del turismo y la ordenación jurídica de las empresas y actividades turísticas privadas, con el fin de favorecer a aquel y tutelar a estas...”⁷⁴.

Se asiste, sin embargo, en la actualidad y por primera vez desde que se habla del turismo como fenómeno masificado, a lo que parece ser un retroceso en dicha intervención administrativa. Esta es la finalidad, sin duda, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior⁷⁵ (en adelante me referiré a esta norma como Directiva Servicios o simplemente Directiva), fomentar la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento en base a la eliminación de “barreras y trabas” administrativas que ponen en riesgo, según la propia norma, la competitividad del sector. Basta por el momento esta somera referencia, pues dedicaré la segunda parte de este trabajo a un análisis más exhaustivo de esta norma y su impacto en el sector turístico.

1.7.- Sobre la necesidad de la intervención administrativa en el sector turístico.

Bien podría haber incluido este epígrafe que ahora voy a desarrollar en el inmediatamente anterior, pero, por su importancia, he decidido tratarlo a parte.

Y es que, tal y como acabo de poner de manifiesto, el Derecho del turismo es esencialmente administrativo. Y esto es así porque desde los orígenes del turismo

⁷⁴ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo turístico*, cit., pág. 76.

⁷⁵ Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 376 de 27.12.2006.

moderno, el Estado ha mostrado especial interés por este sector económico, lo que ha motivado, como ya he indicado, un creciente intervencionismo administrativo en la materia hasta la aprobación de la Directiva Servicios, momento en el que se produce un punto de inflexión a partir del cual comienzan a ponerse las bases para frenar dicha intervención.

Se debe poner de manifiesto, sin perjuicio de que a ello dedique más tiempo en la segunda parte de este trabajo, que estamos ante una norma comunitaria cuyo objeto no es, en concreto, el sector turístico, sino uno mucho más amplio como es el de los servicios, del que turismo, sin duda, forma parte.

Esto es importante referirlo, según entiendo, porque explica el hecho de que no se hayan tenido en cuenta ciertas especialidades propias del turismo que pueden llegar a resultar esenciales, incluso para la propia supervivencia del sector, y que justifican una intensa intervención administrativa con instrumentos y medios eficaces. Se puede indicar, en este sentido, que la competitividad a la que se refiere con tanta profusión la norma comunitaria, solo puede alcanzarse, desde un punto de vista turístico, con una clara política de garantía de la calidad de los servicios prestados. Calidad que, como tendré ocasión de señalar, tiene que garantizar la Administración pública competente. No puede dejarse en manos exclusivamente de los empresarios y profesionales del sector. El mercado, como sabemos, tiene sus límites.

Y bien es cierto que la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento y la libertad de empresa, son derechos esenciales que los Poderes Públicos han de respetar. Pero no son derechos absolutos. Encuentran sus límites, precisamente, en otros derechos que deben ser igualmente objeto de protección jurídica, como pueden ser, los derechos de los consumidores y usuarios, la protección del medio ambiente, o la necesidad de realizar una adecuada ordenación del territorio, entre otros.

Y es aquí donde la intervención administrativa se hace esencial, garantizando que en el desarrollo de las actividades turísticas por parte de las empresas y profesionales, se respeten unos mínimos requisitos preestablecidos. Es decir, es función de la Administración pública garantizar el respeto de esos derechos esenciales. Solo así se logrará el objetivo fundamental de conseguir un desarrollo turístico basado en la calidad, es decir, un desarrollo turístico sostenible.

La intervención administrativa es, por tanto, necesaria. Pero no cualquier intervención administrativa. Es imprescindible una intervención a través de medios e instrumentos eficaces que garanticen el cumplimiento de los objetivos referidos de calidad y sostenibilidad. En definitiva, una “intervención poderosa”⁷⁶.

Por lo que, siguiendo este razonamiento, podemos llegar a la conclusión de que **cualquier intento no debidamente meditado y sosegado de liberalizar el sector, puede tener consecuencias imprevisibles para el mismo**. Y aquí es donde entra la Directiva Servicios. Una Directiva que pretende liberalizar el sector económico terciario (salvo importantes excepciones, como se verá) sin tener en cuenta las especiales circunstancias de cada sector⁷⁷, y en concreto, el que en este trabajo se analiza. Lo que puede ocasionar, parafraseando al profesor José TUDELA ARANDA, “efectos perversos en el turismo [...] Y es que si se quiere un turismo sostenible, un turismo amparado en criterios de calidad, que proteja al turista y garantice su seguridad, si se

⁷⁶ Esta contundente expresión es utilizada por el profesor José TUDELA ARANDA, en “Un nuevo Derecho para un nuevo turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 24, 2004, pág. 281, al indicar que “Lo realmente novedoso del presente derecho del turismo es que junto a esta normativa privada de naturaleza civil y mercantil ha eclosionado un muy notable derecho público, expresión del convencimiento definitivamente arraigado en los poderes públicos, de que era necesario su intervención, y una intervención poderosa, sobre la actividad turística, al objeto de lograr, simultáneamente, la protección de los turistas y de los recursos turísticos y el crecimiento de la actividad.

⁷⁷ Según el profesor Lorenzo MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, en *El Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, Ed. Civitas, 2ª ed, Cizur Menor, 2010, pág. 55, “Ojo, por tanto, cuando nos prediquen sin distinguos eso de la neutralidad de la Administración”.

quiere utilizar el turismo como instrumento de desarrollo de las zonas más desfavorecidas del poder público está obligado a una intervención activa y enérgica”⁷⁸.

No quiero con ello defender el status quo actual a toda costa. Es necesario realizar importantes reformas en el sector que faciliten a los operadores el acceso al mercado, en definitiva, llevar a cabo una importante simplificación administrativa, tanto de los trámites y procedimientos como de las Administraciones que intervienen. Pero, como no me cansaré de repetir a lo largo de este trabajo, esto no significa abandonar el sector en las manos del mercado. Es necesario mantener una intervención administrativa adecuada, incluso intensa, allí donde las razones imperiosas de interés general lo exijan.

1.8.- ¿Puede considerarse el Derecho del Turismo como una rama independiente del ordenamiento jurídico?

Pero, pese a la clara vertiente jurídica del turismo, ¿Podemos hablar de un Derecho Turístico individualizado e independiente, como ciencia jurídica autónoma?

Pues bien, en mi opinión, por el momento, no. Y es que, pese a que desde hace ya algunos años se viene hablando de la “mayoría de edad del Derecho del Turismo”⁷⁹, e incluso se ha llegado a afirmar dicha autonomía⁸⁰, lo cierto es que no parece que, a día

⁷⁸ TUDELA ARANDA, J., en “Un nuevo Derecho para un nuevo turismo”, cit., pág. 282, “Y es que puede decirse que es afirmación comúnmente aceptada la de que la liberalización causa efectos perversos en el turismo”.

⁷⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo turístico*, cit., pág. 11.

⁸⁰ MARTÍN BERNAL, J. M., “¿El sector del turismo como rama independiente del ordenamiento jurídico?, *Actualidad Administrativa*, núm. 31, 2001, pág. 1.115, “La simbiosis de normas de Derecho privado y público en muchas zonas de la disciplina jurídica de la actividad de los particulares (o del Estado al servicio del bien común mediante la protección y fomento de los intereses privados) ha ido creando otras secciones del Derecho con objeto y denominación propios y cierta independencia: El Derecho urbanístico, industrial, inmobiliario, registral, hipotecario, aéreo, etc., etc., y no parece que el Derecho turístico pueda escapar a su historia que como se ha visto la tiene, a su presente y, sobre todo, a su futuro, si es que realmente pueden establecerse tales estadios temporales de esa forma. Lo importante es indicar que una cierta autonomía e independencia se advierten en el sector analizado. Eso es lo importante y en eso debe estarse. Y no parece que haya nada razonable que se oponga a su consecución.

de hoy, pueda hablarse propiamente de un Derecho Turístico, sino, más bien, de un Derecho relativo al turismo (o, si se prefiere, ordenamiento jurídico del turismo), es decir, un conjunto de normas jurídicas de las diferentes ramas de la ciencia del Derecho que se refieren a este sector de la economía.

No obstante lo anterior, no cabe duda de que, **desde hace algunos años, en concreto desde que las comunidades autónomas empiezan a aprobar sus leyes integrales sobre turismo⁸¹, surgen una serie de principios que se han venido insertando en el ordenamiento jurídico turístico y adoptando la forma de “principios generales”, en un proceso que podría denominarse de decantación jurídica.**

Y es que, siguiendo al profesor F. J. BLANCO HERRAINZ, “Resulta plenamente oportuno, en nuestra opinión, reconocer junto a los grandes principios generales del Derecho otros propios de otros sectores del ordenamiento jurídico que sirven de referencia a la regulación de una determinada institución jurídica, participando de una virtualidad mediata informadora y fundamentadora de dicho ordenamiento. Por ello, adquiere indudable interés reflexionar sobre los principios generales del Derecho del Turismo, puesto que se trata de llegar a determinar cuáles son los fundamentos reales y la esencia del actual ordenamiento turístico español, que vertebraba y ordena globalmente una actividad de tanta transcendencia económica, ambiental y social en nuestro ámbito”⁸².

Estos principios generales del Derecho del turismo, (que son en concreto, según el autor citado, la calidad, la competitividad, la sostenibilidad, la cooperación y la

⁸¹ No se debe olvidar que la primera ley turística integral es aprobada por el País Vasco en 1994, a la que siguen el resto de comunidades autónomas en los años posteriores.

⁸² BLANCO HERRAINZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El Derecho del Turismo en el Estado Autonomico: una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2006, pág. 109.

accesibilidad⁸³), pueden servir de cimiento para la futura construcción de un verdadero Derecho Turístico.

De momento, de lo que no cabe duda, es que esos principios sirven para informar el ordenamiento jurídico turístico y guiar una adecuada interpretación del mismo. Amén de que, como razones de interés general, puedan servir de justificación necesaria y suficiente para motivar una eficaz y eficiente intervención de la Administración.

2.- Evolución histórica de la legislación en materia de turismo.

2.1.- Necesidad de realizar un análisis histórico de la legislación en materia de turismo y su evolución competencial. División en diferentes periodos de nuestra historia legislativa

La realización de un estudio histórico es imprescindible para poder comprender adecuadamente un proceso global que se desarrolla en un amplio espacio de tiempo. Esto es lo que ocurre con las acciones del Estado en materia turística, es decir, con la legislación turística y las medidas administrativas arbitradas para intervenir en un sector de tanta relevancia económica. Dichas acciones comienzan, como ya he tenido ocasión de apuntar, con la misma aparición del turismo moderno, y se van intensificando en el tiempo, como es lógico, a medida que el fenómeno va adquiriendo mayor relevancia económica y social.

Pues bien, según entiendo, si lo que humildemente pretendo en este trabajo es analizar los efectos que ha podido ocasionar la liberalización del sector mediante la aprobación de la Directiva Servicios, considero necesario realizar un breve análisis histórico de la legislación sobre la materia para entender mejor el proceso al que ahora

⁸³ BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, cit., pág. 120.

asistimos y comprobar si ha habido en el pasado un fenómeno similar y, en su caso, analizar las consecuencias.

También resulta importante, según entiendo, analizar la cuestión desde un punto de vista competencial, y ver quien ha tenido dichas competencias y, por ende, quien ha podido dictar la legislación y aprobar las políticas públicas en materia turística.

Además, se debe tener en cuenta que lo que se analiza en este trabajo, para ser exacto, es la Administración Turística, es decir, los órganos competentes, instrumentos de intervención, razones de interés general que justifican dicha intervención, etcétera. Y será importante ver el papel que ha jugado históricamente dicha Administración en el sector para comprender mejor su situación actual y los efectos que aquella ha tenido sobre este. Y esto es así porque, como dice el maestro Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA, “La historia de la Administración es [...] la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte así de la esencia misma del concepto”⁸⁴.

Por otro lado, para intentar ordenar este estudio histórico que pretendo realizar, no me queda más remedio que esbozar una división en diferentes periodos aun sabiendo que “cualquier ensayo de periodificación, como cualquier ensayo de clasificación, no puede poseer sino un valor relativo, estrechamente ligado a las subjetivas consideraciones del autor”⁸⁵.

No obstante, se ha de tener en cuenta que **lo que aquí se está analizando es la evolución de la legislación turística centrada en la idea de calidad y sostenibilidad.**

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española, estudios de ciencia administrativa*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 7ª ed., 2007, pág. 172.

⁸⁵ TUDELA ARANDA, J., *La organización administrativa del turismo*, en GARCÍA MACHO, R., RECALDE CASTELLS, A. y PETIT LAVALL, V, cit., pág. 47.

Es decir, lo que realmente importa a efectos de este trabajo es como la legislación turística ha tratado la idea de la calidad a lo largo de su historia.

Para ello analizaré de manera diferenciada las siguientes **tres grandes periodos** que, en mi opinión, representan los hitos fundamentales en el desarrollo de la legislación turística de nuestro país:

- **Las primeras normas relacionadas con el sector y las primeras actuaciones administrativas vinculadas a las primeras manifestaciones turísticas. Desde la aparición del turismo moderno hasta finales de los años cincuenta del siglo XX.**
- **El periodo del “boom turístico”. Desde los años sesenta hasta finales de los años setenta del siglo XX. La Constitución de 1978, la primera descentralización, y las normas autonómicas integrales sobre turismo.**
- **La aprobación de la Directiva Servicios y la segunda descentralización autonómica a través de las reformas de los Estatutos en algunas comunidades autónomas.**

2.2.- Aparición del turismo moderno. Primeras intervenciones estatales en el sector.

Como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, según MORENO GARRIDO, A., el origen del fenómeno turístico se puede situar, “en La Gran Bretaña del siglo XVIII, los nuevos hábitos de las clases adineradas: el *Grand Tour*, el retorno a lo campestre, y el nacimiento de la ciudad termal de Bath, marcaron los inicios de la moderna historia del turismo”.⁸⁶

⁸⁶ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 15.

En nuestro país, el origen del fenómeno se puede situar en una época posterior. Quizás a mediados del siglo XIX y como una práctica muy vinculada a los balnearios y el termalismo, es decir, los baños en aguas minerales y termales o en el mar⁸⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, si las primeras manifestaciones del fenómeno turístico en nuestro país están íntimamente vinculadas al termalismo, es lógico pensar, por consiguiente, que las primeras normas que regulan el turismo son aquellas que se refieren a las aguas minerales y termales. En este sentido, resulta muy interesante analizar el Real Decreto de 29 de junio de 1816⁸⁸ por el que se regulan determinadas circunstancias de los usos de los manantiales y las aguas minerales de nuestro país. Mediante esta norma el Estado pretendía regular, de alguna manera, el uso que los particulares hacían de estas aguas para fines terapéuticos, es decir, se trata de una intervención administrativa dirigida a garantizar el uso medicinal de esas aguas, cuidando que los particulares no sufrieran daño alguno por un uso inadecuado. En definitiva, se trata de una actividad de policía administrativa⁸⁹ para garantizar la seguridad de las aguas y, por consiguiente, la seguridad y salud de los usuarios. Menos de un año después, se aprueba la Real Orden de 28 de mayo de 1817, el primer Reglamento para la inspección, gobierno y uso de todas las aguas y baños minerales de España, con la misma intención de llevar a cabo un control del uso de las aguas y, por ende, proteger la seguridad y salud de los bañistas.

⁸⁷ Tal y como señala MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 24, “El termalismo y las aguas adquirieron tal importancia que se convirtieron en la primera de las manifestaciones turísticas de Europa”.

⁸⁸ Gaceta de Madrid, núm. 83, de 4 de julio de 1816, por la que aprueba el Real decreto resolviendo que en cada uno de los baños más acreditados del reino se establezca un profesor de suficientes conocimientos de las virtudes de sus aguas, y de la parte médica necesaria.

⁸⁹ Tal y como indica el profesor Ignacio BARRIOBERO MARTÍNEZ, en “Causas y consecuencias jurídicas de la consideración como recursos mineros de las aguas minerales y termales”, *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, núm. 0, 2002, pág. 12, “La importancia del Real Decreto de 29 de junio de 1816 radica fundamentalmente en dos aspectos: por una parte, revela el momento a partir del cual el Estado comienza desarrollar su interés por las aguas minerales y termales; y, además, muestra que el fundamento que guía la inicial intervención administrativa sobre estas aguas se encuentra en la policía sanitaria.”

De estas dos normas, que podemos considerar pioneras en la regulación de las remotas manifestaciones del turismo moderno⁹⁰, se puede destacar que tienen un objetivo muy claro, la protección de la seguridad de los usuarios de las aguas termales, es decir, de alguna manera se puede observar como existe una preocupación por parte de las autoridades públicas de mantener unos mínimos de calidad en los balnearios y termas. Esto no significa, lógicamente, que entonces existiera una política turística⁹¹ con un objetivo de calidad claramente definido, como podemos encontrar hoy en las políticas turísticas actuales. De hecho “en esta primera etapa histórica, el turismo internacional se caracterizó por ser una industria joven dependiente únicamente del impulso privado”⁹²

Sin embargo, sí se puede afirmar que había una preocupación latente por el bienestar del usuario de las aguas, lo que bien pudiera ser considerado como una actuación en defensa de los derechos e intereses de los turistas. Es decir, ya desde las primeras normas que regulan estos brotes del fenómeno turístico, se muestra un claro interés público por garantizar unos mínimos de calidad y seguridad en favor del usuario.

Aparte del termalismo, existe en esta primera época otra actividad que también puede ser considerada como una temprana manifestación del turismo. Me refiero al excursionismo. Y es sobre todo en Cataluña, donde comienzan a configurarse estas acciones como algo más que algunas excursiones aisladas que se realizaban durante ciertas épocas del año⁹³. De hecho, son estos primeros excursionistas los que, de

⁹⁰ Estimo necesario aclarar que, pese a que se puede considerar que estas normas regulan las primeras manifestaciones del fenómeno turístico, no es, lógicamente, un turismo como el que entendemos hoy día. Sin embargo, tienen muchas características en común, por ejemplo al igual que ahora, entonces se utilizaba

⁹¹ De hecho, ni siquiera se puede hablar en aquella época de política turística, sino de algunas acciones del Estado relacionadas con el turismo. En este sentido, véase VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., “antes de 1950 no podemos hablar de política turística sino de un conjunto de acciones destinadas al turismo”.

⁹² MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 21.

⁹³ Así, según MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 38, “El excursionismo catalán presentaba las características típicas del excursionismo decimonónico concebido

manera anticipada, comienzan a preocuparse por la conservación del entorno natural⁹⁴ donde llevaban a cabo sus actividades, es decir, también son pioneros en defensa de los valores ecológicos⁹⁵. Por consiguiente se puede decir, sin temor a equivocarse, que los primeros turistas eran conscientes de la importancia de la conservación del medio ambiente y reclamaban actuaciones en tal sentido a la Administraciones⁹⁶.

En este mismo sentido comenzaron igualmente las excursiones artísticas fomentadas, sobre todo, por Benigno DE LA VEGA INCLÁN⁹⁷ (Marqués de la Vega Inclán, quien fuera Comisario Regio de Turismo años después)⁹⁸, que en mayo de 1895 indicaba, “uno de nuestros objetivos es fomentar el amor de los monumentos, coadyuvar a su conservación y vincular en los pueblos el conocimiento de que esas

como una actividad total. Conferencias, cursos certámenes, bibliotecas, publicaciones o exposiciones formaban parte de estas asociaciones excursionistas”.

⁹⁴ Sobre estas primeras manifestaciones de la preocupación por el medio ambiente véase LÓPEZ RAMÓN, F., “Contrastes y conexiones de la moderna consideración del medio ambiente en la legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), Régimen jurídico de los recursos turísticos, cit., págs. 229 a 237.

⁹⁵ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 38, considera que estos excursionistas “también fueron pioneros en defensa de valores ecologistas al reclamar en 1902 la protección de algunos espacios emblemáticos del nacionalismo catalán como la montaña de Monserrat y, diez años después, en 1914 (en el Tercer Congreso Excursionista Catalán) la creación de una Red de Parques Nacionales de Cataluña.

⁹⁶ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 100, “Aunque a la larga, la llegada masiva de público pudo hipotecarla conservación de los ecosistemas, hubo siempre una política de socialización del espacio natural que nos indica que, desde la Administración existió una indudable preocupación por el turismo de naturaleza y se entendió como muy necesario el uso de los espacios protegidos”.

⁹⁷ Sobre la figura de Benigno de la VEGA INCLÁN, se puede indicar que fue “un hombre de amplia cultura, viajero infatigable por medio mundo, conocía España palmo a palmo, interesado en la arqueología y en el arte, escritor y coleccionista [...] Difícilmente puede superarse una labor semejante [...] A la adaptación y presentación de la Casa y Museo del Greco, en Toledo, inaugurada por el Rey Alfonso XIII [...] hay que agregar la creación de los jardines del Alcázar de Sevilla, el descubrimiento del Patio del Yeso, en el mismo Alcázar, el traslado de la puerta de Marchena; y la restauración del Palacio de la Santa Cruz, todo ello en Sevilla; la restauración del Museo, Biblioteca y Jardines de la casa de Cervantes en Valladolid; la fundación del Museo Romántico en Madrid, En todos ellos no se limitó a dirigir, sino que los costeó y dotó con sus colecciones. Promovió la edición de la serie El Arte en España y la Comisaría editó bajo su dirección más de doscientos títulos, abriendo por primera vez al conocimiento de los españoles, la riqueza artística y monumental de España. Entre sus propias publicaciones destaca la Guía del Viaje a Santiago” en BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, cit., págs. 28-29.

⁹⁸ De hecho, sería el único comisario, dado que la Comisión Regia de Turismo, creada por Real Decreto de 19 de junio de 1911 se extinguió en 1928 con la creación del Patronato Nacional de Turismo.

manifestaciones de cultura sobrevivirán a nuestras edades”⁹⁹. Por lo tanto, se promovía un turismo artístico y se fomentaba la conservación del patrimonio arquitectónico para el uso y disfrute de los turistas. En definitiva, las acciones del Estado en este sentido iban destinadas a garantizar, mediante las adecuadas medidas de conservación, la satisfacción de los turistas y por tanto la calidad del producto ofrecido.

Pero también en uno de los subsectores turísticos más importantes, como es el de los alojamientos, comenzó bien pronto la preocupación del Estado por la calidad del servicio ofrecido. Así, ya en normas de mediados del siglo XIX se denota una clara preocupación por el bienestar de los usuarios alojados en los mismos. A estos efectos, se puede mencionar una Real Orden de 27 de noviembre de 1858 sobre la industria hotelera, en la que ya se exigía una “licencia renovable anualmente, para todo aquel que quisiera montar una casa de huéspedes o similares”¹⁰⁰. En el mismo sentido, aunque unos años después, la Real Orden Circular de 17 de marzo de 1909 exige una autorización previa para la apertura de este tipo de establecimientos. Esta norma resulta especialmente interesante a los efectos que aquí interesan pues, como afirma MORENO GARRIDO esta norma se dicta, fundamentalmente, “para evitar el desgobierno, homogeneizar y, sobre todo, cuidar de la calidad de un sector trascendental en el desarrollo turístico nacional”. Y es que, no cabe duda de que la apertura de establecimientos de alojamiento en esta primera época del turismo moderno, está íntimamente relacionada con la necesidad de ofertar un turismo de calidad. Así, en 1910 se abre el Hotel Ritz de Madrid¹⁰¹ y en 1912, el Hotel Palace en la misma ciudad¹⁰², todavía hoy referentes del turismo de calidad en nuestro país.

⁹⁹ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 41.

¹⁰⁰ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 50.

¹⁰¹ MUÑOZ DE ESCALONA, F., *Autopsia del Turismo: El vencimiento de la distancia*, cit., pág. 72, “A principios de siglo, cuando el rey Alfonso XIII contrajo matrimonio, la ciudad carecía de hoteles adecuados para ofrecer hospedaje a personalidades de alto rango. Fue la constatación de esta carencia lo que llevó a la construcción del Hotel Ritz en una parcela de más de trece mil metros cuadrados, junto al Museo del Prado, con el apoyo directo del rey. El proyecto se encargó al arquitecto británico Charles Newes, que ya había proyectado otros hoteles Ritz en Londres y París. Newes estuvo directamente asesorado por César Ritz. El Ritz de Madrid es, sin duda, un hotel maravilloso hecho por un hotelero para un hotelero. Las obras duraron 15 meses y el día 2 de octubre de 1910 se inauguró con la presencia de los reyes. Tenía 180 habitaciones y al menos un cuarto de baño y una cabina telefónica en cada piso”.

Se puede deducir, por consiguiente, que la calidad de la oferta turística está presente en las primeras normas y en las más remotas intervenciones del Estado en el sector. Bien es cierto que no con la importancia que adquirió con posterioridad. Pero no se puede negar que la calidad ha sido siempre, desde el mismo nacimiento del turismo tal y como hoy lo entendemos, una cuestión que ha preocupado al Estado. En otras palabras, una razón que ha motivado la intervención de las Administraciones públicas para garantizar unos mínimos cualitativos en los diferentes servicios turísticos.

Así, en el Real Decreto de 6 de octubre de 1905, publicado en la Gaceta de Madrid con fecha de 7 de octubre del mismo año (núm. 280, pág. 79), por el que se crea “una Comisión nacional encargada de fomentar en España, por cuantos medios estén a su alcance, las excursiones artísticas y de recreo del público extranjero”, se establece, en su artículo 3, entre los medios adecuados para fomentar la “inmigración de excursionistas extranjeros”, en el punto c): Concertar con Diputaciones, Ayuntamientos y otras Entidades que fuese conveniente, la mejora de los alojamientos, de los servicios todos relacionados con los viajeros y cuanto pueda ser motivo lícito de atraer y retener a los súbditos de otras naciones”. No hace falta realizar un gran esfuerzo interpretativo para comprender que la calidad aparece entre los objetivos de las acciones que las Administraciones públicas debían emprender en esta materia.

Y este objetivo continúa estando presente en normas posteriores, como objetivo fundamental de la acción del Estado en el este todavía incipiente sector. Así, en la norma de creación de la Comisaría Regia de Turismo, aprobada por Real Decreto de 19 de junio de 1911 (Gaceta de Madrid núm. 171, de 20 de junio, página 805), se establece que “No podía, por otra parte, estar ausente del ánimo del legislador, el ánimo de todo español de que las bellezas naturales, de paisaje y de clima, fueran asequibles al

¹⁰² MUÑOZ DE ESCALONA, F., *Autopsia del Turismo: El vencimiento de la distancia*, cit., pág. 72, “El mismo año de la inauguración del Ritz se tomó la decisión de construir un nuevo hotel de lujo en Madrid, el Hotel Palace. El proyecto lo hizo el arquitecto *Ferrés*, ganador del concurso convocado por la Oficina Técnica del Palace de Bruselas. *León Monneyery* los ingenieros de la Empresa *Marquet* modernizaron el proyecto e incluyeron un jardín de verano y otro de invierno. Las obras se encargaron a la casa *Monneyers et Fils*. El hotel quedó terminado en 15 meses y se inauguró en 1912.”

extranjero que visita nuestra Patria, y a ese efecto quiere proporcionar por todos los medios a su alcance que la contemplación de esas bellezas naturales de nuestro suelo, sea todo lo holgada y cómoda posible para el forastero”. En definitiva, tratar de que el turista obtenga la mayor satisfacción posible de su experiencia, o, en otras palabras, garantizar un turismo de calidad.

Este ánimo está igualmente presente en la última norma a la que me voy a referir en este periodo y que no es otra que un Real Decreto de 25 de abril de 1928 (núm. 745), publicado en la Gaceta de Madrid del 26 de abril del mismo año (núm. 117) por la que se crea el Patronato Nacional de Turismo, y en la que se establece, de forma literal, “El organismo que se crea, al asegurar el enlace entre todos los elementos que cooperan a la atracción turística ha de exteriorizar su acción en todas las variadísimas y complejísimas manifestaciones que integran la finalidad perseguida, realizando una obra cultural y patriótica a fin de que el turista encuentre en su recorrido por España aquellas satisfacciones del espíritu y aquellas comodidades materiales que amablemente le inviten a prolongar su estancia y a repetirla, animándole también a ello la seguridad de que en sus visitas a lugares históricos y artísticos ha de encontrar personal apto, con preparación suficiente que le ilustre y haga resaltar ante sus ojos el verdadero valor.”. Se está haciendo referencia a la necesidad de satisfacer las necesidades de los turistas como uno de los objetivos del Patronato, es decir, alcanzar una calidad turística suficiente que genere en los visitantes el deseo de repetir. Y para garantizar la calidad turística, es necesario ejercer un control sobre las diferentes actividades turísticas, por lo que la Administración tuvo que aumentar su actividad fiscalizadora y de control¹⁰³.

Resulta interesante, además, poner de manifiesto que, en este primer periodo, surgen las primeras cuestiones competenciales sobre materia turística. Y es que, en la norma por la que se crea el Patronato Nacional de Turismo en 1928, analizada en el apartado anterior, se deduce que los poderes públicos consideran que el ámbito propio

¹⁰³ Señala MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 127, que los del Patronato “fueron los años en que la Administración turística inauguró la tendencia fiscalizadora y de control de la actividad privada que tendría un importante eco en las décadas siguientes y creo, en 1931, un primer cuerpo de funcionarios de turismo”.

para ordenar la cuestión turística no es tanto el nacional como el regional. De ahí que se divida el territorio en regiones a los efectos de la organización del turismo (artículo 10). Este dato resulta muy importante porque “resulta muy significativo observar como casi desde el principio se advierte por el poder público la necesidad de singularizar su intervención según las diferentes características y necesidades de cada territorio”¹⁰⁴. En este sentido, igualmente, hubo en el periodo republicano un intento de transferencia competencial en materia de turismo mediante el el Decreto de 4 de diciembre de 1931¹⁰⁵.

2.3.- El periodo del “boom turístico”. Desde los años cincuenta hasta finales de los años setenta del siglo XX. La Constitución de 1978, la primera descentralización, y las normas autonómicas integrales sobre turismo.

2.3.1.- Breve referencia a la Guerra Civil y la década de los cuarenta.

Voy a referirme muy brevemente al periodo de la Guerra Civil y a los años inmediatamente posteriores porque el turismo no estaba entre las preocupaciones prioritarias del Estado en aquellos momentos, como es fácilmente comprensible. Sin embargo, y pese al conflicto bélico, las actividades turísticas de extranjeros en nuestro país no cesaron¹⁰⁶. Ni tampoco la preocupación por la calidad de los servicios que se

¹⁰⁴ TUDELA ARANDA, J., *La organización administrativa del turismo*, en GARCÍA MACHO, R., RECALDE CASTELLS, A. y PETIT LAVALL, V, cit., pág. 50.

¹⁰⁵ MORENO GARRIDO, A., *Historia del Turismo en España en el siglo XX*, cit. pág., 129.

¹⁰⁶ BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, cit., pág. 41, indican que “se comenzó a comercializar el único producto español de la época: la guerra. De hecho, se crearon las denominadas “rutas de guerra”(Ruta de Guerra del Norte y la Ruta de Guerra del Sur) organizadas por el Servicio Nacional de Turismo (Decretos de 25 de marzo y 25 de octubre de 1938) que consistieron en la organización de distintas excursiones colectivas que recorrían aquellos lugares de la geografía española que por las batallas o acontecimientos bélicos ocurridos en los mismos, se habían hecho tristemente famosos. Las rutas se organizaron con fines fundamentalmente propagandísticos, aunque también económicos, pues al estar el monopolio de las mismas en manos del Gobierno de Franco, constituía una interesante fuente de ingresos. No obstante lo anterior, algún autor les niega el carácter de turístico a estas actividades. En este sentido, véase CORREYERO RUIZ, B., “La Administración Turística española entre 1936 y 1951. El turismo al servicio de la propaganda política”, *Estudios Turísticos*, núm. 163-164, 2004, pág. 61.

ofrecían, así, mediante un Decreto de 25 de mayo de 1938, se autorizaba al Ministerio de Interior, a través del Servicio Nacional de Turismo¹⁰⁷, a organizar un circuito de viajes para que los visitantes extranjeros pudieran observar, “con toda comodidad”¹⁰⁸, las huellas de la guerra. Por consiguiente, se puede deducir que pese a lo extraordinario de la situación, existía cierta preocupación por la calidad de los servicios prestados.

Terminada la Guerra, la década de los cuarenta se caracteriza, en materia turística, por una monopolización del turismo por el Estado¹⁰⁹ y una férrea supervisión de una limitada y escasa actividad privada¹¹⁰. La doctrina los ha llegado a calificar como los años más difíciles de la historia turística española¹¹¹, “los terribles años cuarenta”¹¹². El Estado aprueba una nueva Reglamentación sobre Alojamiento Hotelero de 8 de abril de 1939, incluyendo la categoría de “lujo”, y mediante Ley de 5 de mayo de 1940 el Estado se reserva en exclusiva el uso de la palabra turismo, paradores y albergues para evitar “el aprovechamiento ilícito por parte de la iniciativa particular de las corrientes de turismo que el prestigio de los establecimientos oficiales había creado e impedir que el esfuerzo y el capital privado se esterilizaran en una competencia en lugares ya servidos, mientras todavía existían puntos de interés turístico carentes de servicios de hospedaje”¹¹³. Esta actividad normativa del Estado deja claro que, aunque

¹⁰⁷“Al reorganizarse la Administración española en la zona nacional durante la Guerra Civil y por Ley de 30 de enero de 1938, el antiguo Patronato Nacional del Turismo se convirtió en Servicio Nacional del Turismo (SNT), dependiente del Ministerio del Interior”, CORREYERO RUIZ, B., “La Administración Turística española entre 1936 y 1951. El turismo al servicio de la propaganda política”, cit., pág. 58.

¹⁰⁸ Tomado del texto de la rueda de Prensa que dio el Ministro del Interior, Serrano Suñer el 7 de junio del 38 para dar a conocer la puesta en marcha de la Ruta de Guerra del Norte reproducido en la revista Aragón correspondiente al mes de junio de 1938 y citado por CORREYERO RUIZ, B., “La Administración Turística española entre 1936 y 1951. El turismo al servicio de la propaganda política”, cit., pág. 60 y nota núm. 11.

¹⁰⁹ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 152.

¹¹⁰ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 158.

¹¹¹ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 153.

¹¹² BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, cit., pág. 42.

¹¹³ PELLEJERO MARTÍNEZ, C., “Organización administrativa e intervención del Estado en el sector turístico: 1951-1977”, *Estudios Turísticos*, núm. 163-164, 2004, pág. 84, refiriéndose a la Exposición de Motivos del Decreto de 4 de abril de 1952, por el que se regula la denominación e instalación de Albergues y Paradores.

de manera muy tenue, existe una verdadera preocupación por parte de las autoridades públicas competentes de la época, por garantizar unos servicios turísticos de calidad.

2.3.2.- Los inicios de la recuperación turística. La década de los cincuenta

Pero hay que esperar hasta principios de los años cincuenta, es decir, “a que Europa surgiera de sus cenizas y una vez superadas sus necesidades más vitales, descubriera el descanso de las vacaciones y el placer de las playas cálidas y, como especial atractivo los precios bajos que podía encontrar en España”¹¹⁴, para asistir a los comienzos de la recuperación turística de nuestro país.

España había sido sometida a un duro aislamiento internacional después de la Segunda Guerra Mundial pues, aunque no había participado directamente en la contienda internacional, estaba aliada con las denominadas potencias del Eje, que habían resultado derrotadas. El 9 de febrero de 1946 en San Francisco, cuando se crea la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU), se condena a España y se prohíbe que ingrese en la Organización Internacional. Del mismo modo, fue excluida de las ayudas económicas que Estados Unidos prestó a los países europeos (también Alemania e Italia, es decir, los vencidos) para la reconstrucción de las infraestructuras dañadas por la guerra y que se hicieron famosas con el nombre de “Plan Marshall”¹¹⁵

Es precisamente a partir de principios de los años cincuenta, y en concreto desde que la ONU levanta a España las sanciones políticas y económicas el 4 de noviembre de

¹¹⁴ BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, cit., pág. 42.

¹¹⁵ En relación a este Plan, cabe mencionar una producción cinematográfica que describe en clave de humor, pero sin perder un ápice de dramatismo, la exclusión de España de las ayudas estadounidenses. Me refiero a la conocida película “Bienvenido *Mister Marshall*”, dirigida por Luis GARCÍA BERLANGA en 1953.

1950¹¹⁶, cuando se inicia un lento proceso de recuperación económica que se convierte en el caldo de cultivo idóneo para la explosión turística que se produciría unos años después. Se puede comprobar que, según avanzaba la década, el número de visitantes extranjeros iba en aumento¹¹⁷.

Y cabe preguntarse, ¿Este aumento de turistas que visitan nuestro país, es fruto directo de la legislación y políticas turísticas dictadas por los Poderes Públicos? Pues parece que, en efecto, algo tiene que ver, junto con las circunstancias internacionales que se han mencionado más arriba. Desde luego que las autoridades competentes en la materia ya habían observado los importantes beneficios económicos que las actividades turísticas reportaban¹¹⁸. De ahí que se pretenda incrementar el número de visitantes a toda costa¹¹⁹. Este es, fundamentalmente, el objetivo de las políticas turísticas que se llevan a cabo durante lo que se puede denominar el despegue del sector: aumento del número de turistas que visitan nuestro país, lo que supone, por tanto, un aumento de los beneficios económicos. En otras palabras, se fomenta la cantidad, no la calidad¹²⁰. Desde luego que existía cierta preocupación por la calidad de los servicios turísticos prestados, pero no es el objetivo fundamental de la política turística de la época.

¹¹⁶ Al levantamiento de las sanciones políticas y económicas por la ONU, siguieron otras circunstancias que implican la integración de España en la economía y política internacional. Por ejemplo, la reanudación de las relaciones diplomáticas con Estados Unidos desde el 24 de diciembre de 1951, el ingreso en la FAO, en la UNESCO y en la OECE y el 14 de diciembre de 1955, la admisión en Naciones Unidas. Del mismo modo, es aceptada en el Fondo Monetario Internacional y en el Banco Mundial de Reconstrucción y Fomento. Véase DE ARRILLAGA SÁNCHEZ, J. I., “Primeras experiencias. 1950-1962”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 50.

¹¹⁷ DE ARRILLAGA SÁNCHEZ, J. I., “Primeras experiencias. 1950-1962”, cit. pág. 50.

¹¹⁸ En este época se produce, según VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 137. “El descubrimiento del turismo por algunos decisores públicos”.

¹¹⁹ VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 135.

¹²⁰ Según VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 121, “la política turística mide su grado de acierto en relación con el número de turistas que llegan a país y con la cifra global de divisas ingresadas por tal concepto”.

Se puede hacer referencia en este periodo, como hitos legislativos y, en general, de la política turística, la creación del Ministerio de Información y Turismo mediante la reforma ministerial que se realiza por Decreto-Ley el 19 de julio de 1951. Es la primera vez en toda la historia que un departamento ministerial recibe este nombre, lo que pone de manifiesto la importancia que iba adquiriendo el sector para las altas instancias políticas, aunque esto ha sido discutido por algún autor¹²¹.

Cabe resaltar, asimismo, el Plan¹²² Nacional de Turismo aprobado en el año 1953 por el que se “pretendía ordenar a gran escala la política gubernamental en materia de turismo y convertir a este en un negocio nacional”¹²³. Se trata de la primera acción de planificación de importancia en materia turística. Pero el Plan se centra en un objetivo esencial: incrementar el número de alojamientos para hacer frente a la creciente demanda. No importa tanto la calidad del servicio como el aumento de la oferta, incluso mediante la prestación directa por el Estado a través de la creación de establecimientos de alojamiento. Así, mediante Ley de 17 de julio de 1953 se aprobó el Plan de Albergues y Paradores de Turismo en el que se preveía la construcción de veinte nuevos albergues, paradores y hosterías, así como la ampliación y mejora de los establecimientos ya existentes¹²⁴.

¹²¹ No obstante, también es importante poner de manifiesto que, pese a que la denominación del Ministerio podía inducir a pensar que se había elevado de rango administrativo todas aquellas cuestiones relacionadas con el turismo, la realidad era bien diferente, pues lo único que se había hecho es cambiar a la Dirección General de Turismo de adscripción ministerial. Era, por decirlo de alguna manera, un ministerio más de información, es decir, preocupado por todas aquellas cuestiones relacionadas con la propaganda, control de la información, censura, etc., que de turismo. Para corroborar esta afirmación, no hay más que ver la estructura orgánica del propio Ministerio de Información y Turismo, aprobada por Decreto de 15 de febrero de 1952 (Boletín Oficial del Estado núm. 55 de 24 de febrero, páginas 851 a 853). Así, siguiendo a MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit., pág. 195, conviene, por tanto, desterrar la idea de que, al hilo del progresivo aumento de visitantes, el Régimen quisiese corroborar la mayor importancia institucional del mismo elevando su categoría. Nada más lejos de la realidad.”

¹²² Sobre la actividad de planificación del Estado en general, véase el interesante trabajo de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa”, *Revista de Administración Pública* núm. 50, 1966.

¹²³ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit., pág. 200.

¹²⁴ Ley de 17 de julio de 1953 (Boletín Oficial del Estado núm. 200, de 19 de julio, págs. 4865 y 4866), el Plan de Albergues y Paradores de Turismo y se habilitan los créditos necesarios. el Estado se hacía con las riendas de la ordenación del turismo, justificando esta postura, según la propia Exposición de Motivos, en “el deber ineludible de ejercer su intervención para suplir las deficiencias de la iniciativa privada en

En general, la actividad normativa del Estado, que en este periodo empieza a resultar muy profusa, va encaminada fundamentalmente a incrementar la oferta y la demanda turística, pero también, aunque no de forma directa, denota cierta preocupación pública por la calidad de los servicios turísticos que se prestan. Así se ponen de manifiesto la aprobación de diferentes normas de esta época que paso a enumerar sin ningún ánimo de exhaustividad:

- Orden de 17 de julio de 1952¹²⁵, por la que se aprueba adjunto el Reglamento para el ejercicio de las profesiones libres de Guías, Guías-Intérpretes y Correos de Turismo en cuya Exposición de Motivos se justifica esta intensa y detallada regulación en la importancia que tenían estos profesionales, pues ellos son los que llevaban a cabo “un trato directo con los viajeros” y, por consiguiente, de ellos dependía, en gran medida, la percepción que se tenía sobre nuestro turismo. Como pondré de manifiesto en otra parte de este trabajo, este argumento sigue siendo hoy absolutamente válido, y ha motivado que se mantengan los controles precios de acceso a estas actividades para garantizar una mínima calidad en el servicio.
- Decreto de 4 de abril de 1952¹²⁶, por el que se regula la denominación e instalación de Albergues y Paradores. Declara la exclusividad del Estado para el uso de la denominación de Albergues y Paradores, tanto en los establecimientos que ya estuviesen contruidos, como en aquellos otros que se fueran a construir.

aquellos aspectos, en que su falta puede originar serios perjuicios para la economía turística”. Se intervenía, por tanto, directamente en el sector turístico mediante la construcción de (nada más y nada menos) “veinte nuevos Albergues, Paradores y Hosterías, cuyo emplazamiento y calificación se determinará mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros” (artículo segundo), así como mediante la realización de “las obras necesarias para ampliar y mejorar los actuales establecimientos de la Red de Alojamientos Turísticos propiedad de Estado”.

¹²⁵ B.O.E. núm. 214, de 1 de agosto de 1952.

¹²⁶ B.O.E. núm. 102, de 11 de abril de 1952.

- Orden de 19 de julio de 1952¹²⁷, sobre fijación de listas de precios en los hoteles. Una norma que implica ya una clara protección a los consumidores y usuarios.
- Orden Circular de 19 de julio de 1952, sobre intensificación de los servicios de inspección en la industria hotelera y servicios relacionados con el turismo. Un exponente más de la tenue pero perceptible preocupación por la calidad de los servicios. Resulta llamativa la Exposición de Motivos en la que se indica que “la continuidad de la tradicional característica de la hidalguía española que es preciso a toda costa mantener, así como la conveniencia de orden económico y político de que nos visite gran número de turistas extranjeros.”
- Decreto de 14 de diciembre de 1956¹²⁸, por el que se reglamentan los campamentos de turismo “camping”, y Orden conjunta del Ministerio de la Gobernación y del Ministerio de Información y Turismo, de 30 de abril de 1957, donde se determinan las condiciones técnicas de los Campamentos de Turismo, por el que se completa el anterior Decreto en lo que se refiere a condiciones mínimas, características, funcionamiento, etc. Se quieren mantener, por tanto, unas mínimas condiciones de seguridad y salud en este tipo de servicios turísticos

He querido dejar reflejado algunas normas reguladoras de determinados subsectores turísticos para que se pueda apreciar el ánimo del legislador para mantener ciertos niveles de calidad. Algo que, como veremos a continuación, no fue suficiente pues el incremento de la demanda y la oferta se siguió promoviendo por un Estado más atento a los beneficios económicos que a los daños que un crecimiento sin límites del sector podían producir. Y no fue hasta un periodo posterior, pasado el denominado *boom* turístico, cuando los Poderes Públicos se dan cuenta de que el mantenimiento de estas políticas que nacen en este momento concreto, pueden poner el peligro al propio sector turístico, sin mencionar los perjuicios medioambientales, urbanísticos, etcétera.

¹²⁷ B.O.E. núm. 212, de 30 de julio de 1952.

¹²⁸ B.O.E. núm. 36, de 5 de febrero de 1957

2.3.3.- La verdadera explosión del turismo en España.

Si en la década de los cincuenta se establecen las bases institucionales para el crecimiento del sector turístico, la década de los sesenta puede señalarse como el periodo en el que se produce la expansión.

Y es que, a partir de los años sesenta¹²⁹, el turismo crece de forma exponencial y se convierte en uno de los sectores que mayores beneficios aporta al Estado. De hecho, ha sido calificado como el “gran maná”¹³⁰.

Pero, precisamente, ese crecimiento ilimitado empieza a generar importantes problemas que requieren la atención del Estado y que, en este periodo, se va a manifestar de forma muy débil. Más bien al contrario. Y es que, lejos de intentar frenar un crecimiento descontrolado de la oferta y la demanda, siguen las políticas de fomento que tantos beneficios económicos están reportando al Estado, pero que van a ser la base de los problemas que se van a manifestar en el periodo inmediatamente posterior y que van a plantear la necesidad de dar un cambio radical a la política turística.

Hablamos de lo que el profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, ha denominado “un modelo desarrollista de turismo, un modelo agónico que año tras año se pone de

¹²⁹ Se debe poner de manifiesto que el cambio de periodo coincide con la entrada en el Ministerio, en julio de 1962, de Don Manuel FRAGA IRIBARNE, que supuso “un cambio notable, casi revolucionario, al ampliarse las esferas de actuación gubernamental”, MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit., pág. 199.

¹³⁰ VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 241, “El turismo, el gran maná de los años 60, se entendía, por fin, desde una perspectiva global, incluyendo los conflictos que el fenómeno generaba y mostrando que la política debía enfrentar, precisamente, las situaciones problemáticas que la sociedad no era capaz de solucionar. El papel del Estado resultaba cada vez más preciso.

manifiesto en las cifras que se ofrecen por las Administraciones, mostrando la incapacidad del Estado de dar un cambio de rumbo a nuestra política turística”¹³¹.

Y es que el crecimiento del turismo se va a cimentar en esta época en un aumento tanto de la oferta como de la demanda. No se van a parar mientes en la cualidad de los visitantes, sino en el número. Cuanto más, mejor. Más beneficio.

De ahí que la principal preocupación de los Poderes Públicos sea incrementar el número de turistas, y por ende, el número de establecimientos que puedan acogerlos y prestarles servicios turísticos. A este objetivo, repito, se encaminan las políticas públicas en la materia y se crea un entramado institucional adecuado a tal fin. El sector turístico pasa a convertirse en una mina que hay que explotar, sin pensar en que los recursos turísticos pueden acabar agotándose¹³².

En este sentido, las autoridades turísticas observaron que el incremento del número de turistas se debe, entre otros factores, a los bajos precios de los servicios, que los hacían muy competitivos frente a otros países con circunstancias geográficas y climáticas muy similares. Así, una de las grandes preocupaciones fue impedir a toda costa un incremento de los precios, para lo que se arbitraron diversas materias, entre las que cabe destacar la llamada “Operación Precios”¹³³, aprobada por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1962, y que consistió en un absoluto control de los precios de los servicios por parte de las autoridades turísticas. Las consecuencias de esta política fueron muy negativas, radicando aquí uno de los grandes obstáculos para la evolución cualitativa del sector hotelero: “mientras que el resto de precios de bienes y servicios se

¹³¹ BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación del territorio*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pág. 161.

¹³² Hubo, no obstante, ciertas reticencias, desconfianzas y recelos por parte del sector más conservador del Régimen, que veía en el turismo como amenaza frente a las costumbres y tradiciones típicamente españolas. Véase HERRERA Y ESTEBAN, L., “La expansión”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 74.

¹³³ HERRERA Y ESTEBAN, L., “La expansión”, cit., pág. 84.

iba liberalizando, el Gobierno no permitía dicha liberalización con las tarifas de los hoteles que continuaban siendo controladas, lo que suponía un importante problema para el sector”¹³⁴.

Este control de precios ejercido por las autoridades turísticas va a lastrar la inversión en el subsector, lo que motivará, entre otras razones, la crisis de calidad que se vivió a mediados de los años setenta del pasado siglo. No obstante, aunque de manera muy débil y sin que constituya la regla general en este periodo, se debe mencionar una norma que denota cierta preocupación de los poderes públicos por la calidad. Me refiero a la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968¹³⁵, por la que se establece una nueva clasificación de los establecimientos hoteleros¹³⁶.

No obstante lo anterior, se debe indicar que los hitos legislativos de este periodo están constituidos por dos normas con rango de Ley que, sin duda, pueden ser consideradas las más importantes y que, como explicaré a continuación, son el exponente de la política turística que primaba la cantidad frente a la calidad.

Me refiero, en primer lugar, a la Ley 197/1963 de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional, que puede ser considerada como la primera norma que intenta poner orden en la exacerbada actividad turística del periodo referido, aunque, más bien, parece conseguir el resultado contrario¹³⁷. En ella quedan definidos tanto las Zonas como los Centros de Interés turístico como ámbitos territoriales con especiales características para la atracción del turismo¹³⁸, lo que implica una consideración especial a efectos

¹³⁴MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit., pág. 200.

¹³⁵Bastante tardía, por consiguiente.

¹³⁶HERRERA Y ESTEBAN, L., “La expansión”, cit., pág. 85.

¹³⁷ En este sentido, se puede ver el trabajo de ENTRENA CUESTA, R., “Dictamen acerca de la aplicabilidad de los artículos 32 y 42 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 en la tramitación de los Planes de Ordenación Urbana de Centros de Interés Turístico Nacional”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 13, 1969.

¹³⁸El artículo tercero de la Ley distingue entre:

territoriales. Según la Exposición de Motivos de la norma, lo que se pretende es evitar los fenómenos de saturación y agobios en determinadas zonas, pero para ello, curiosamente, no se prevén instrumentos de ordenación territorial que puedan limitar el crecimiento de la oferta y la demanda, sino, muy al contrario, fomentar la construcción de las correspondientes obras de infraestructura. Es decir, que la receta de la Ley para evitar la saturación, según parece deducirse, es aumentar la construcción.

Además, otro de los problemas señalados es la existencia de zonas dentro del territorio del Estado en las que, pese a estar dotadas de indudables atractivos naturales que podrían generar corrientes turísticas, no se han realizado las inversiones privadas necesarias para promover dicha actividad, lo que implica que tenga que intervenir el Estado fomentando el incremento de la demanda y la oferta turística.

El problema fundamental de esta norma es que fomentaba el crecimiento del sector turístico desde una perspectiva exclusivamente económica¹³⁹, sin cuidar otras cuestiones como el paisaje, el urbanismo, el medio ambiente, etcétera. Llama la atención, sin embargo, que se utilice el término “saturación y agobio” para referirse a las grandes aglomeraciones turísticas, lo que manifiesta que se habían diagnosticado alguno de los problemas que sufrían ciertos ámbitos del litoral español, especialmente en el levante, pero no se arbitraron las medidas e instrumentos jurídicos y de

Uno. Se consideran «Zonas de Interés Turístico Nacional» aquellas porciones del territorio declaradas formalmente tales, en las que, existiendo dos o más Centros acogidos a los beneficios de esta Ley y cinco mil plazas como mínimo, sea necesario, para el mejor aprovechamiento y desarrollo de sus recursos turísticos, la realización de obras y servicios de infraestructura que requieran una actuación coordinada de la Administración pública en sus diversas esferas.

Dos. Excepcionalmente podrá acordarse la declaración de «Zona de Interés Turístico Nacional», aun cuando no concurren en la misma los requisitos exigidos por el párrafo anterior, siempre que en ella concurren razones especiales de índole topográfica, geográfica, histórica, monumental, sanitaria u otras que justifiquen la excepción.

¹³⁹ De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley se indica, en el párrafo cuarto, que “La importancia de estos problemas queda de manifiesto si se tiene en cuenta que la tasa teórica de crecimiento anual de la afluencia turística extranjera hace presumible que su ritmo de crecimiento seguirá ascendiendo, lo que asegura la inmediata rentabilidad de las inversiones que en este sector se hagan, sobre todo cuando se proceda a una cuidada planificación técnica de esta compleja industria que es el turismo”.

planificación adecuados para evitar que el problema se fuera agravando¹⁴⁰. No obstante lo anterior, si situamos a esta Ley en el contexto general en que se aprueba, no debe valorarse solo de forma negativa. Al contrario, parece que pretendía solucionar algunos de los problemas que ya se atisbaban en el sector¹⁴¹, (saturación, falta de inversión, problemas ambientales, en definitiva, ausencia de calidad), aunque finalmente no lo consiguiera¹⁴²

En segundo lugar, otra de las normas más relevantes de este periodo, se refiere a la Ley 48/1963, de 8 de julio, sobre competencias en materia turística. A esta norma ya me he referido por ser la primera en la historia de nuestro Derecho turístico que contiene una definición jurídica de turismo. Lo que ahora me interesa, no obstante, es destacar que mediante esta Ley se atribuía al Ministerio de Información y Turismo todas las competencias relacionadas con la ordenación turística, incluso aquellas que, perteneciendo a otros Departamentos ministeriales, estaban relacionadas con el sector¹⁴³. Esto produce lo que se ha denominado una “vis atractiva” de la materia

¹⁴⁰ Se debe mencionar, no obstante, que esta situación no es exclusiva del Levante español, sino que comparte todo el ámbito Mediterráneo. Así, lo pone de manifiesto el profesor Ramón MARTÍN MATEO en *La gallina de los huevos de cemento*, cit., pág. 123, cuando menciona una noticia del diario El País del viernes 12 de mayo de 2006 en la que se indica que la cuenca litoral mediterránea es el área turística que más carga turística soporta del planeta con más de doscientos millones de visitantes al año, situación que hace insostenible la conservación de su biodiversidad, según el Programa de Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente.

¹⁴¹ BARRADO TIMÓN, D.A., y GALIANA MARTÍN, L., “Ideas y modelos de planificación territorial en los orígenes del turismo de masas español. La Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional frente a la Ley del Suelo”, *Estudios Turísticos*, núm. 167, 2006, pág. 8, donde indica que “La tesis que mantenemos es que detrás de la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional existió una reflexión teórica de gran calidad dirigida a construir un verdadero modelo de ordenación territorial desde la perspectiva sectorial turística, que incorporaba la preocupación por las variables territoriales del turismo y que en ningún caso tenía como objetivo favorecer la especulación”.

¹⁴² Debido, fundamentalmente, a la escasa aplicación, tal y como pone de manifiesto VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 163, “La Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico no se derogaría hasta 1991, pero se hizo tan escaso uso de la misma que no logró ninguno de los objetivos”.

¹⁴³ Véase, en este sentido, el artículo 6 de la Ley, que indica:

“El ejercicio de la función que como propia es atribuida al Ministerio de Información y Turismo por el artículo tercero no excluye aquellas otras competencias administrativas, laborales y sindicales legalmente reconocidas sobre materias específicas que guarden relación con el turismo.

En las manifestaciones de la actividad turística no comprendidas en la presente Ley, dicho Ministerio tendrá una competencia concurrente con la de los demás órganos de la Administración Central, Provincial o Local a quienes por razón de la materia corresponda.

turística, es decir, cualquier materia que guarde relación con el turismo será competencia del Ministerio de Información y Turismo. Lo más relevante, a los efectos que aquí interesan, es que el turismo se convierte en el “centro de gravedad” del desarrollo económico del país. Es decir, todas las actuaciones llevadas a cabo por la Administración en los distintos ámbitos materiales tendrían como elemento en común favorecer el desarrollo turístico, entendido este, a su vez, como un incremento de la demanda y de la oferta. La política turística, y el resto de políticas económicas relacionadas con el turismo, estaban encaminadas a aumentar el número de turistas y favorecer la construcción de infraestructuras turísticas que dieran soporte al cada vez mayor número de visitantes. La calidad de los servicios turísticos podía constituir, en efecto, un objetivo de la legislación del sector, como he manifestado más arriba, pero este quedaba absolutamente eclipsado por el auténtico leitmotiv: aumentar los beneficios del sector mediante el incremento del número de turistas que visitaban nuestro país.

Por último, se debe hacer referencia a otro de los hitos clave en este periodo. Me refiero al Informe del Banco Mundial de 1962 sobre el grado de desarrollo de la economía española¹⁴⁴, emitido a solicitud del Gobierno, y que dedica el capítulo 17 al sector turístico. Pese a la indudable importancia del sector, el Banco Mundial dedicó unas escasas páginas a analizar el turismo en nuestro país, haciendo una serie de recomendaciones que, posteriormente, no se tuvieron en cuenta. Se realizaba una crítica a la participación directa del sector público en la prestación de servicios turísticos a través de empresas públicas, puesto que así se desincentivaba, según el Banco Mundial, la iniciativa privada. Nada decía el Informe, no obstante, sobre los posibles daños que la política desarrollista que se estaba adoptando podía ocasionar. Ni tampoco sobre los efectos que el incremento del número de visitantes estaba ya generando en algunos ámbitos territoriales de la costa mediterránea. Las recomendaciones del organismo internacional pasaban, al contrario, por alabar esta política destinada a incrementar a toda costa el sector turístico.

Las relaciones jurídico-privadas que se establezcan por razón de las actividades turísticas se regirán por la legislación común a ellas aplicable.

¹⁴⁴ Se puede consultar el informe completo en la página web <http://www-wds.worldbank.org>.

Toda la política turística de este periodo destinada a aumentar los beneficios económicos sin pensar en los efectos negativos sobre otros bienes jurídicos que forman parte esencial del turismo, va a pasar factura en el siguiente periodo al que me voy a referir. Bien es cierto que, en esta primera crisis turística que continuación se va a analizar, influyeron otros factores de índole económico internacional, pero no se puede negar que la clara despreocupación de la Administración por fomentar la calidad de los servicios turísticos, contribuyó a agravar la crisis del sector. Esto no significa que hubiera una total y absoluta despreocupación de los Poderes Público por la calidad en el sector. Como ya hemos indicado, se aprobaron normas y planes que de alguna manera pretendían garantizarla¹⁴⁵.

Y esto es lo que puede resultar interesante para aplicarnos en el momento actual. Es decir, la política turística no puede pasar, exclusivamente, por incrementar la demanda y la oferta en el sector turístico. Eso puede valer para otros sectores económicos diferentes, pero no para el turismo. La política turística, cuya competencia corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas, debe garantizar la calidad de los servicios, respetar el medio ambiente y social y asegurar que no se sobrepase la capacidad de carga de los territorios correspondientes. En definitiva, por lograr un desarrollo sostenible del turismo.

Sin embargo, como veremos en otra parte de este trabajo, no parece que la calidad sea el objetivo fundamental de las nuevas políticas turísticas que se están imponiendo en la actualidad. **Como consecuencia de la Directiva Servicios** (que se dicta por la Unión Europea, que solo tiene competencias residuales sobre turismo, como veremos), **se está imponiendo una visión del turismo muy parecida, en mi opinión, al desarrollismo vivido en este periodo que se acaba de analizar. La calidad está presente en las normas turísticas autonómicas, no cabe duda, pero se está dejando**

¹⁴⁵ Cabe mencionar, en este sentido, el II Plan de Desarrollo Económico para el año 1968-1971 que, en materia turística supuso la puesta en marcha de programas que tenían como finalidad fomentar un turismo alternativo al del sol y playa. Véase, en este sentido VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 155.

sin instrumentos a las Administraciones turísticas competentes para garantizar la misma. De ahí que me parezca correcto hablar de una vuelta al desarrollismo turístico, es decir, de una involución en las políticas turísticas.

2.3.4.- La primera crisis turística en España. Una llamada de atención a los Poderes Públicos

Y llegamos a los años setenta del siglo XX. Por primera vez en la historia del turismo moderno de nuestro país, decrece el número de visitantes, algo que desconcierta a las autoridades turísticas que, hasta ese momento, habían visto incrementar la demanda del sector, independientemente del mayor o menor acierto de las políticas implementadas¹⁴⁶.

Las razones del descenso de turistas son muy variadas¹⁴⁷. Así, la crisis del petróleo del año 1973, que afecta fundamentalmente a los países emisores de turistas; la campaña internacional contra el Régimen a raíz de los fusilamientos del 27 de septiembre de 1975; la inestabilidad política que se produce después de la muerte de Franco el 20 de noviembre de 1975; el incremento de los atentados terroristas de la banda E.T.A, etcétera. Pero dentro de estas causas, y a lo que interesa a los efectos de este trabajo, se debe resaltar el desgaste de los principales centros turísticos como consecuencia de una legislación y una política turística que fomentaba el desarrollismo, es decir, el incremento de la oferta y la demanda sin tener en cuenta otras consideraciones. Y es que, las prioridades de aquellos que nos visitaban estaban cambiando. Ya no solo se demandaba un turismo de sol y playa, también se pretendía satisfacer otras necesidades como la tranquilidad, el paisaje, la cultura, etcétera. Y la oferta española no estaba preparada todavía para afrontar con éxito este cambio en la mentalidad de los visitantes.

¹⁴⁶ Según ZARAGOZA ORTS, P., “Actuaciones administrativas 1972-1982”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 125, “Del turismo en España puede decirse que ha nacido por generación espontánea”.

¹⁴⁷ En este sentido, véase, VASALLO TOMÉ, I., “Crisis y consolidación”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 109.

Se puede indicar, por consiguiente, que esta crisis del turismo, producida, entre otras razones, por la errónea consideración del turismo como un sector económico más, hace plantearse por primera vez a las autoridades competentes, la necesidad de llevar a cabo un cambio en el sector. **Ya no valdrá solo con incrementar el número de turistas y responder con un aumento de la oferta. Este modelo no se sostiene y la legislación y la política del sector deben fijarse otros objetivos que pasen no ya por un aumento de la cantidad, sino de la calidad.** Este ha de ser el objetivo fundamental, si se quiere mantener a nuestro país entre los primeras potencias mundiales en el turismo. Por tanto, empieza a producirse un cambio de prioridades en la legislación que favorecerá la evolución del sector hacía un modelo de desarrollo turístico sostenible.

Dentro de este periodo se puede hacer referencia a algunas normas que ponen de manifiesto el cambio de objetivos al que me acabo de referir. Así, por ejemplo, se puede mencionar el Decreto 2482/1974, de 9 de agosto, de medidas de ordenación de la oferta turística¹⁴⁸, en cuya exposición de motivos ya se hace una referencia expresa a la necesidad de garantizar la calidad de los servicios turísticos. La transcribo literalmente: “La actual coyuntura exige se actúe el haz de competencias ordenadoras enunciado para dar, entre otras, cumplimiento a la directriz de la política de desarrollo contenida en el vigente III Plan de acomodar la expansión de la oferta cuantitativa, cualitativa y especialmente a la demanda y fomentar la explotación de las nuevas zonas que tengan las condiciones más aptas para su desarrollo turístico. A ello hay que añadir la inexcusable necesidad de equilibrar dentro de cada territorio que se define todo el equipo de alojamiento y de servicios complementarios para no sólo alojar viajeros, sino diversificar y potenciar la oferta de atractivos que ayuden a la incitación del turismo de calidad a una más plena satisfacción en los periodos de ocio y a la posibilidad de un mayor beneficio”. Se observa claramente que se sigue haciendo referencia al objetivo

¹⁴⁸ B.O.E. núm. 217, de 10 de septiembre.

económico, es decir, incrementar los beneficios, pero desde una perspectiva muy diferente, la calidad¹⁴⁹.

2.3.5.- La aprobación de la Constitución Española de 1978. La primera descentralización de competencias en materia turística. Una descentralización más formal que sustancial.

El 29 de diciembre del año 1978 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Constitución Española. Esta norma pasa a convertirse en la Norma Fundamental del Estado, en la cúspide del ordenamiento jurídico, con las implicaciones que ello tiene desde el punto de vista del sector turístico.

Pese a las escasas referencias que la constitución hace al turismo (solo se refiere a él expresamente en el artículo 148.1.18)¹⁵⁰, los efectos que la Norma tiene sobre este sector económico son importantísimas. Estos efectos pueden ser divididos en dos tipos: efectos formales y efectos sustantivos¹⁵¹.

¹⁴⁹ Según MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit., pág. 259, este es “el principio del cambio en el rumbo del turismo nacional que, aun así, tardaría todavía más de una década en llegar [...] partía de un diagnóstico de la industria que se venía observando desde mediada la década de los años sesenta y que se podría resumir en un cierto grado de agotamiento, falta de calidad, problemas de congestión y dificultades de comercialización.” En efecto, debemos situar el cambio de rumbo en esta época, aunque, según mi opinión habrá que esperar hasta la aprobación de la Constitución para hablar de un verdadero punto de inflexión.

¹⁵⁰ Se puede encontrar un análisis de los debates constitucionales que hubo sobre el turismo en el trabajo de BLANQUER CRIADO, D., “¿Ordenación o desordenación del turismo?”, *Documentación Administrativa*, 2001, nº. 259-260, pág. 90, donde se señala que Pág. 290. “El debate constitucional sobre la primera industria nacional es manifiestamente decepcionante: pocas propuestas, escasa justificación y ningún debate [...] El diputado Benegas Haddad presentó una enmienda *in voce* en la que sugería añadir un apartado bis explicando las razones: La primera es que son los territorios autónomas quienes mejor conocen sus territorios, sus parajes, los lugares que pueden ser atractivos para que se desarrolle el turismo. Debe ser, por tanto, cada pueblo de España, cada nacionalidad o región de España, la que se ocupe de proporcionar y ordenar el turismo en su ámbito territorial”

¹⁵¹ A esta distinción en los efectos que la Constitución Española tiene sobre el Derecho del turismo se refiere el profesor BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Ed. Thomson-Cívitas, séptima edición, Cizur Menor, 2009, pág. 1045 “En la actualidad estamos asistiendo a una profunda renovación del Ordenamiento turístico. En panorama ha variado sustancialmente en relación al existente hasta hace tan solo unos años, pues en última instancia hay que señalar que lo que ha ocurrido ha sido la plena adecuación de la ordenación turística al marco constitucional. Con todas sus consecuencias, y

Por un lado, y refiriéndome a los primeros, el título VIII de la Constitución se refiere a la nueva ordenación territorial, quedando configurado el Estado en municipios, provincias y comunidades autónomas que se constituyan (artículo 137). A efectos turísticos, esto resulta de vital importancia pues se atribuyen a los nuevos entes territoriales, las comunidades autónomas, competencias exclusivas en materia turística, (artículo 148.1.18, ya mencionado). En concreto se refiere a la ordenación y promoción del turismo¹⁵².

Esto es muy relevante debido a que supone un cambio radical respecto al periodo preconstitucional. Si antes las competencias turísticas estaban centralizadas en el Estado¹⁵³, ahora son las comunidades autónomas las que pueden comenzar a ejercer dichas competencias, siempre y cuando estas las asuman en sus propios estatutos de autonomía¹⁵⁴.

aunque sea también con cierto retraso, se empezó a elaborar y surgió el Derecho del turismo postconstitucional, el cual ha adquirido una especial consistencia, presentándose con caracteres renovados. Deberíamos hablar, en realidad, de la doble renovación del ordenamiento turístico: una renovación formal y orgánica, pero también material y sustantiva. Por un lado, la renovación formal ha venido de la mano de la descentralización, a través de la aparición de normas de alcance territorial y autonómico.

¹⁵² El profesor CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, cit., pág. 75, llama la atención sobre cómo se ha realizado la distribución de competencias en materia turística al indicar que “Resulta, cuanto menos, curioso que frente a lo que sucede en otros ámbitos de actuación pública de complejidad organizativa e importancia económica semejante, en los que la Constitución disecciona cuidadosamente, generalmente a través del artículo 149.1, las competencias concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia turística optó por una solución menos equilibrada atribuyendo a estas, como hemos visto, prácticamente todas las competencias”

¹⁵³ Así, GARCÍA MACHO, R., “La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre Derecho estatal, autonómico y local”, cit., pág. 22, señala que una de las características fundamentales de la legislación turística desde la aparición de la primera norma hasta la aprobación de la Constitución de 1978, es que se trata de una legislación estatal”.

¹⁵⁴ La región (o comunidades autónomas, desde la aprobación de la Constitución) como ámbito territorial idóneo para el desempeño de las competencias turísticas ya se manifestó por PÉREZ MORENO, A., en “La regionalización del turismo. Solución a un problema de competencias” *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 61, que defendía la “regionalización del turismo como solución al problema de las competencias intersubjetivas”

Por tanto son las comunidades autónomas las que ejercen con carácter exclusivo las competencias sobre materia turística. Pero, el Estado, después de la aprobación de la Constitución, mantiene todavía alguna competencia en materia turística¹⁵⁵, sobre todo aquellas que están relacionadas con los denominados títulos competenciales horizontales.

Pero se debe poner de manifiesto que esta descentralización no es más que formal, pues no es hasta mediados de los años noventa cuando las comunidades autónomas empiezan a hacer un uso efectivo de sus competencias en materia turística mediante la aprobación de las correspondientes normas integrales sobre turismo (hasta el momento habían aprobado normas relacionadas con la disciplina turística, pero no leyes que llevasen a cabo una ordenación completa del sector). De hecho, la primera Ley turística que regula el sector desde una perspectiva global es la del País Vasco en 1994, Ley 6/1994, de 16 de marzo, norma que continúa vigente.

Y desde otro punto de vista, se debe mencionar el hecho de que esa descentralización se produce solo a favor de las comunidades autónomas, olvidándose estas, a su vez, de las entidades locales que podrían, igualmente, constituir un ámbito idóneo para la ejecución de determinadas competencias en materia turística. Se ha llegado a indicar, con gran acierto en mi opinión, que “la recuperación del protagonismo político y administrativo de provincias y, sobre todo, de municipios, tras la Constitución

¹⁵⁵ José TUDELA ARANDA en “la organización administrativa del turismo”, en GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dirs.); PETIT LAVALL, M^a. V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., págs. 57-58, cuando indica que el “Estado conserva tres ejes de acción sobre el sector turístico”:

1. El Estado conserva una determinada parcela de acción ejecutiva (Paradores, Palacios de Congresos), que, en principio deberían corresponder a las Comunidades Autónomas.
2. El Estado se ha reservado la acción exterior en materia de turismo aunque también se permite, como realmente ocurre, que las Comunidades Autónomas lleven a cabo determinadas acciones en el exterior. Lo que se exige es una necesaria coordinación Estado-Comunidades Autónomas.
3. La tercera acción hace referencia a una imprescindible colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la implementación de políticas turísticas.

no ha tenido el correspondiente reflejo en materia turística”¹⁵⁶. Sin embargo, dicha circunstancia parece haber cambiado con la distribución efectuada en los nuevos estatutos de autonomía en aquellas comunidades que se han aprobado, pero a ello me referiré específicamente más adelante. Y es que no cabe duda de que el ámbito local, por su especial cercanía al ciudadano (bien sea turista o residente), será más eficaz ejerciendo algunas competencias, sobre todo de control de actividades turísticas.

Por otro lado, y refiriéndome ahora a los efectos sustantivos, los segundos que mencionaba más arriba, la Constitución supone un cambio en los cimientos del Derecho del turismo en nuestro país. En palabras del profesor José TUDELA ARANDA, la Constitución supone “la semilla jurídica necesaria para impulsar el fortalecimiento de algunos de los que hoy son nuestros más firmes valores sociales. Por ello, puede decirse que, junto al cambio social, la transformación de los principios y valores que inspiran nuestro ordenamiento ha sido causa fundamental para la emergencia del nuevo modelo turístico”¹⁵⁷. Es decir, que los principios recogidos en la Constitución, sobre todo los que se denominan “principios rectores de la política social y económica” sirven de fundamento a las políticas públicas posteriores basadas en la calidad y en el desarrollo sostenible del turismo.

De ahí que se pueda indicar, sin temor, que la aprobación de **la Norma Fundamental implicó un cambio esencial y revolucionario en el ordenamiento jurídico turístico, tanto desde el punto de vista sustantivo como formal o competencial**. Bien es cierto que dicho cambio no se manifestó de forma inmediata, sino que tardó varios años en cuajar¹⁵⁸. Pero desde luego, y utilizando la expresión más

¹⁵⁶ TUDELA ARANDA en “la organización administrativa del turismo”, en GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dirs.); PETIT LAVALL, M^a V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., pág. 65.

¹⁵⁷ TUDELA ARANDA en “la organización administrativa del turismo”, GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dirs.); PETIT LAVALL, M^a V. (Coord.) *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., pág. 43.

¹⁵⁸ El profesor José TUDELA ARANDA, “la organización administrativa del turismo”, GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dirs.); PETIT LAVALL, M^a V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., pág. 48, señala que “De hecho, hasta esa fecha (se refiere a 1990), el turismo

arriba indicada, la semilla estaba plantada. Los cimientos jurídicos del nuevo modelo turístico, basado en la calidad y el desarrollo sostenible, habían sido instaurados.

2.3.6.-Las primeras manifestaciones de la ejecución de las competencias turísticas por las comunidades autónomas.

Como ya he señalado en párrafos anteriores, la ejecución de las competencias turísticas por las comunidades autónomas no se produce hasta bien entrados los años noventa, cuando empiezan a aprobarse las primeras leyes integrales sobre el sector turístico.

Recién aprobada la Constitución Española, y durante la década de los ochenta, es el Estado quien sigue ejerciendo las competencias turísticas y se nutre de las políticas anteriores basadas en la cantidad más que en la calidad.

Sin embargo, durante este periodo, se producen importantes cambios que miran ya hacia la calidad como objetivo fundamental en la legislación y en las políticas turísticas.

Desde el punto de vista internacional, en el que España estaba recuperando su protagonismo, se celebra durante los meses de septiembre y octubre de 1980 la Conferencia Mundial sobre el Turismo, organizada por la OMT, donde se adopta la denominada Declaración de Manila sobre el Turismo Mundial¹⁵⁹. Por lo que aquí interesa, dicha Declaración resulta fundamental dos motivos.

vivió en gran medida de la inercia anterior, siguiendo pautas de crecimiento cualitativo y sin sustanciales modificaciones”.

¹⁵⁹ La importancia de esta Declaración es puesta de manifiesto por VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, cit., pág. 224.

Primero, porque se incide en la importancia de la calidad como factor esencial del turismo mundial y se pone en relación este concepto con otros esenciales como protección de consumidores y usuarios, mayor accesibilidad, etcétera. Así, en el punto tercero de la declaración se indica expresamente que “El mejoramiento de la calidad de la oferta, que exige también el respeto al consumidor, es un objetivo que conviene tener presente constantemente; esto no implica sólo que deban ofrecerse prestaciones de lujo sino también que deben estudiarse mejor los servicios y las instalaciones para garantizar el acceso al turismo, tanto nacional como internacional., de capas cada vez más, amplias de la población, al mismo tiempo que se garantiza la conservación, si no el mejoramiento, de su calidad”.

Y, en segundo lugar, porque se pone de manifiesto la necesidad de respetar los recursos naturales y el patrimonio cultural, para llevar a cabo un adecuado desarrollo del turismo. Como se puede observar, sin decirlo expresamente, se está haciendo referencia a la indisoluble unidad entre calidad del turismo y desarrollo sostenible del mismo. Reproduzco el punto décimo de la Declaración para que se pueda ver más claramente: “El desarrollo del turismo, tanto nacional como internacional, puede aportar una positiva a la vida de la nación (sic.), por medio de una oferta bien concebida y de calidad que proteja y respete el patrimonio cultural, los valores del turismo, y el medio ambiente natural, social y humano”.

El cambio de perspectiva en el desarrollo turístico se fomenta desde instancias internacionales. Y nuestro país, aprovechando los cambios internos que se están produciendo durante estos años, adopta ese cambio de rumbo. Es cierto que varias décadas de desarrollismo turístico han podido producir importantes daños a la imagen turística de nuestro país, pero, como se verá a continuación, las autoridades turísticas estatales y autonómicas, sabrán adaptar su legislación y su política a los nuevos tiempos, a las nuevas exigencias del turismo internacional. No en vano, España seguirá siendo una potencia mundial en el sector. Aunque costará gran esfuerzo, repito, eliminar la imagen turística de España vinculada a un turismo exclusivo de sol y playa, a un turismo estival (excesivamente “estacionalizado”, si se me permite la expresión)

Pero en este periodo, el protagonismo sobre la legislación y las políticas turísticas sigue siendo del Estado. Las comunidades autónomas todavía no han hecho uso de sus propias competencias exclusivas en la materia. Si acaso, tal y como ya he señalado, para aprobar las correspondientes leyes en materia de disciplina turística¹⁶⁰. Aunque se debe señalar que, excepcionalmente, alguna autonomía intentó realizar una regulación legal más completa del turismo, en uso de las competencias asumidas. Así, Islas Baleares aprueba la Ley 7/1988, de 1 de junio, de Establecimientos Hoteleros y Alojamientos Turísticos.

Por tanto, se siguen implementando las políticas turísticas estatales anteriores, pese a que el cambio ya se está gestando. “Hasta los años noventa, el turismo no empezó a rodar”¹⁶¹. Y es que desde principios de los ochenta el número de turistas fue aumentando pero no de forma continuada, sino oscilando en función de los años. Y en el año 1988 se produce una caída del número de visitantes, lo que pone de manifiesto que las políticas públicas implementadas no estaban dando todavía sus frutos, pues la

¹⁶⁰ Durante los años ochenta y principios de los noventa, las comunidades autónomas aprobaron normas en materia de disciplina turística para dar cumplimiento al principio de legalidad en materia sancionadora administrativa recogido en el artículo 25.1 de la Constitución. Así, se aprobaron las siguientes leyes: Ley 6/1992, de 26 de junio, de Turismo de Galicia; Ley 2/1986, de 28 de abril, del Principado de Asturias, sobre infracciones, sanciones y procedimiento sancionador en materia de empresas y actividades turísticas; Ley 1/1992, de 11 de febrero, de Cantabria de Inspección y Régimen sancionador del turismo; Ley 14/1997, de 17 de noviembre, de la Comunidad Foral de Navarra, que establecía el régimen de la actuación inspectora, tipificación de infracciones, determinación de sanciones y el procedimiento sancionador en materia de turismo; Ley 5/1993, de 29 de marzo, de Aragón, que establece el régimen de inspección y disciplina turística; Ley 2/1987, de 2 de marzo, de Castilla y León, sobre inspección y régimen sancionador en materia de turismo; Ley 5/1990, de 29 de junio, de La Rioja, de Inspecciones, Infracciones y Sanciones en materia turística; Ley 2/1992, de 10 de diciembre, de Castilla-La Mancha, de Ordenación, Inspección y Sanción en materia de Turismo; Ley 1/1989, de 2 de marzo, de la Comunidad Valenciana, por la que se aprueba la Ley de Inspección y Procedimiento en Materia de Disciplina Turística; Ley 4/1986, de 15 de mayo, de Regulación de la Inspección, Infracciones y Sanciones de las actividades turísticas de la Región de Murcia; Ley 6/1989, de 3 de mayo, de Islas Baleares, en la que se regulaba la función inspectora y sancionadora de la Administración autonómica; la Ley 3/1986, de 8 de abril, que regulaba la disciplina turística en Canarias.

¹⁶¹ MORENO GARRIDO, A., *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit., pág. 303.

estacionalidad sigue siendo el principal problema de nuestro país con un exceso de turismo del sol y playa¹⁶².

2.3.7.- El cambio definitivo en las políticas turísticas. La ejecución de las competencias autonómicas en materia turística.

Como ya se ha puesto de manifiesto, no es hasta mediados de los años noventa del siglo pasado cuando las comunidades autónomas empiezan ejercitar las competencias exclusivas en materia turística que habían asumido en sus respectivos estatutos de autonomía¹⁶³. Son las primeras normas integrales sobre la materia que se aprueban en la historia del turismo de nuestro país, y lo hacen las comunidades autónomas, los nuevos entes políticos con competencia en la materia.

A principios de los años noventa, con una crisis económica muy importante, el turismo es capaz de mantener sus cifras en términos macroeconómicas e, incluso, mejorarlas¹⁶⁴. Estamos ante una indudable consolidación del sector en nuestro país. De hecho, en 1992, el año de las Olimpiadas en Barcelona y la Exposición Universal de Sevilla, el número de visitantes desciende pero aumenta el número de ingresos. Este dato revela el cambio de actitud por parte de las autoridades turísticas. Ya no se pretende incrementar el número de turistas a toda costa, sino que es preferible centrar las políticas en la calidad del sector¹⁶⁵.

¹⁶² BAYÓN MARINÉ, F., y HERNÁNDEZ GÓMEZ, C., “Desarrollo y transformación. 1982-1991”, en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. págs. 135-136

¹⁶³ De la misma manera, el Estado había ido transfiriendo competencias administrativas a través de los correspondientes Reales Decretos de transferencia en materia turística.

¹⁶⁴ DE QUESADA, E., “Los 90. Hacia el nuevo milenio”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 154

¹⁶⁵ No obstante, se debe mencionar que en el año 1993 descendió de manera importante los ingresos por turismo, lo que hizo surgir en el sector el temor por un cambio de tendencia, algo que finalmente no se produjo. Véase, DE QUESADA, E., “Los 90. Hacia el nuevo milenio”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 155.

Así, es justo en este periodo cuando el “término calidad empieza a adquirir una dimensión más tangible, identificándose con la mejora de la oferta y, sobre todo, con su única definición posible en el Sector Turístico: satisfacción del cliente”¹⁶⁶. Se asienta, por consiguiente, el cambio de tendencia que se había ido atisbando durante los años precedentes desde la aprobación de la Constitución. Y contribuyen a dicho viraje las comunidades autónomas mediante la correspondiente intervención en el sector. Una intervención que garantiza unos mínimos de calidad en la prestación de servicios y un crecimiento razonable de la oferta y la demanda. Lejos de las políticas de los años del desarrollismo, se pretende fomentar la calidad y las sostenibilidad.

No obstante el protagonismo de las autonomías en este periodo, aprobando sus correspondientes normas e implementando sus políticas turísticas, el Estado continuó ejerciendo importantes competencias en la materia. Así, durante este periodo se aprueban varios planes de suma importancia para nuestro sector turístico. Me refiero a los planes FUTURE I (1992-1995)¹⁶⁷ y FUTURE II (1996-1999)¹⁶⁸, son los planes marco que aprueba la Administración estatal, para potenciar un entorno de competitividad y sostenibilidad, con el fin de mejorar el panorama empresarial español, fortaleciéndolo internamente y potenciando el sector turístico en el ámbito internacional; y, posteriormente, el Plan Integral de Calidad del Turismo Español”,

¹⁶⁶ DE QUESADA, E., “Los 90. Hacia el nuevo milenio”, en BAYÓN MARINÉ, F., *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit. pág. 158.

¹⁶⁷ Este fue el primer plan nacional diseñado por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. Su objetivo consistió en establecer las estrategias necesarias para que el turismo consolidara su fuerte capacidad competitiva en el seno de la economía española. Este plan puso en marcha una serie de programas que supusieron un cambio importante en el análisis, definición e instrumentación de la estrategia turística. Dichos planes se centraron fundamentalmente en la mejora de la calidad, la formación de los recursos humanos, la introducción de nuevas tecnologías y la diversificación de productos. Con el FUTURES se establecieron las primeras líneas estables de comunicación entre agentes públicos y privados.

¹⁶⁸ Tras un análisis sobre la aplicación efectiva del primer plan FUTURES y en base al diagnóstico del momento, el segundo Plan marco de competitividad da continuidad al anterior pero reformula su planteamiento dando énfasis a la definición de un nuevo modelo cuyos criterios de desarrollo se asentaban sobre la coordinación, la sensibilización y la corresponsabilidad y en el que cobran especial relevancia algunos principios rectores como la sostenibilidad.

PICTES (2000-2006)¹⁶⁹ donde se retoman muchos de los conceptos del plan anterior, pero basando su actuación de un modo más detallado en el concepto de calidad integral y del posicionamiento de turismo español como líder internacional¹⁷⁰.

Durante este periodo, y a nivel internacional, cabe destacar la Carta del turismo sostenible, que fue redactada en el marco de la Conferencia Mundial de Turismo Sostenible que se celebró en Lanzarote, Islas Canarias, en Abril de 1995. Se ha de señalar que este documento resulta esencial al establecer una relación indisoluble entre calidad turística y desarrollo sostenible del mismo. Sin el primero, no se puede alcanzar el segundo. Así se pone de manifiesto en el punto seis del documento donde expresamente se indica que: “Los criterios de calidad orientados a la preservación del destino turístico y a la capacidad de satisfacción del turista, determinados conjuntamente con las comunidades locales y basados en los principio del desarrollo sostenible, deberían ser objetivos prioritarios en la formulación de las estrategias y proyectos turísticos”. Queda claro, por tanto, el objetivo que han de perseguir las

¹⁶⁹ A diferencia de los planes anteriores, desarrollados en el contexto de deterioro de la imagen del turismo español que marcó la década de los 80 y el principio de los 90, el PICTE se enmarca en un momento de recuperación del sector turístico español y da continuidad a los esfuerzos realizados en planes anteriores en pos de esa mejora. Coincide además en un momento de convergencia hacia los programas e iniciativas de la Unión Europea con la calidad como principio integral que abarca tanto al sector empresarial, a la gestión de los destinos y a la aplicación de los criterios de sostenibilidad medioambiental.

¹⁷⁰ Posteriormente, siguiendo la línea iniciada por esos planes a los que antes me he referido, cabe indicar que se ha aprobado el Plan del Turismo Español Horizonte 2020 en el que se establece que “Los primeros años del siglo XXI supusieron una fuerte aceleración de las transformaciones que habían dado comienzo en años anteriores. Los cambios demográficos, económicos y, especialmente, tecnológicos exigieron un cambio de ritmo en todas las agendas, tanto políticas como empresariales. El Plan 2020 daba respuesta a las nuevas exigencias del entorno centrando su actuación en la nueva economía del conocimiento, el posicionamiento orientado al cliente y la sostenibilidad del modelo imperando la máxima colaboración de los agentes del sector y con una visión de largo plazo.

No obstante, el turismo, como cualquier otra actividad económica, se ve fuertemente influenciado por factores externos que no se pueden predecir. Los cambios estructurales derivados de la crisis financiera de 2008 han tenido un fuerte efecto sobre la economía mundial y por ende en la actividad turística. Esta situación, sumada al fin de ciclo económico de la industria turística, ha hecho necesaria una respuesta rápida para abordar aquellas medidas que permitan activar un punto de inflexión y volver a la senda del crecimiento sobre unas bases sólidas que permitan asegurar el liderazgo y la competitividad del modelo turístico español. Así nace el Plan Nacional e Integral del Turismo 2012-2015.

acciones públicas de las autoridades con competencia en materia turística: un desarrollo sostenible basado en la calidad del producto.¹⁷¹

Se trata, por consiguiente, del periodo de consolidación del turismo en nuestro país. Un turismo fundamentado en la calidad y el desarrollo sostenible. Principios que van a estar presente en la legislación y las políticas públicas implementadas por el Estado y las comunidades autónomas. Todos los instrumentos al servicio de las Administraciones Públicas van a ir orientados a la consecución de estos objetivos. Todas las actividades administrativas (reglamentación, fomento y policía) van a encauzarse a tales fines. Y no solo la de las Administraciones públicas, también los esfuerzos de las empresas del sector e incluso del denominado tercer sector¹⁷².

2.4.- La aprobación de la Directiva Servicios y la segunda descentralización autonómica a través de las reformas de los Estatutos en algunas comunidades autónomas.

Y llegamos así al que considero el último de los periodos, el que estamos viviendo en la actualidad y cuyas consecuencias, todavía, no se pueden prever. Aunque trataré de describir lo que, en mi opinión, puede ocurrir si se mantiene esta línea en la legislación turística autonómica y en las correspondientes políticas públicas.

Debo indicar, en primer lugar, que al impacto de la Directiva Servicios en el sector turístico español me voy a referir muy someramente pues en la segunda parte de este trabajo se analiza más profusamente la cuestión.

¹⁷¹<http://www.turismo-sostenible.org>.

¹⁷² Así lo pone de manifiesto el profesor David BLANQUER CRIADO, en la presentación de la obra *La calidad integral del turismo. V Congreso de Turismo, Universidad y Empresa*, BLANQUER CRIADO, D., (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 9, “La plena satisfacción de las expectativas del turista se logra gracias a un esfuerzo coordinado y conjunto de las Administraciones Públicas, las empresas mercantiles y el llamado tercer sector de organizaciones privadas sin ánimo de lucro”.

Por otro lado, trataré de analizar la cuestión de la segunda descentralización en los nuevos estatutos de autonomía aprobados, y como ha afectado a la distribución de competencias en materia turística, una cuestión que, como ya se ha visto, estaba todavía pendiente respecto a las entidades locales.

2.4.1.- Efectos generales de la Directiva Servicios en el sector turístico español.

Sin perjuicio, como ya he indicado, de un análisis más exhaustivo en la segunda parte de este trabajo, no puedo dejar de poner de manifiesto los efectos que, según mi opinión, puede tener esta norma europea sobre el turismo.

En primer lugar, cabe mencionar que la citada Directiva se refiere al sector servicios en general, sin distinguir las peculiaridades propias de cada sector en concreto.

Esto es de suma importancia, pues si no cabe duda de que las actividades turísticas han de ser integradas dentro de este sector (el terciario), existen otro tipo de actividades que igualmente se ven afectadas por esta norma por ser consideradas servicios (actividades comerciales, actividades de agencias inmobiliarias, servicios jurídicos y fiscales, consultoría, publicidad, etcétera)¹⁷³. Según puede deducirse fácilmente, los servicios turísticos a los que me refiero en este trabajo son muy diferentes a los servicios que puede prestar una agencia inmobiliaria, y sin embargo, tienen la misma consideración a efectos de la Directiva. **Este es uno de los problemas esenciales de la norma analizada, la generalización de todas las actividades de servicios como si todas tuviesen las mismas características. En efecto, tienen elementos en común, pero sin duda, existen también profundas diferencias y estas no pueden ser tratadas igual por una misma norma.**

¹⁷³ Véase considerando 33 de la Directiva Servicios.

Por otro lado, uno de los principales efectos de la Directiva sobre el sector de los servicios es, sin duda, la liberalización de las diferentes actividades económicas como consecuencia de la flexibilización de los procedimientos administrativos de acceso. En concreto, se han sustituido los controles previos de acceso (autorizaciones, licencias, etcétera), por unos sistemas mucho más simples como son las declaraciones responsables o comunicaciones previas¹⁷⁴, que pueden ser denominados sistemas de control posterior. De tal manera que los particulares (profesionales o empresas) interesados en ejercer una actividad de servicios, no tendrán que esperar a la previa “habilitación administrativa”, sino que podrán comenzar a prestar los servicios de que se trate sin más demora. Esto, que en principio es un avance muy positivo para los promotores de estas actividades, al reducirse los costes de acceso, puede acarrear, igualmente, importantes problemas. Y es que, sin ánimo de analizar exhaustivamente la cuestión que, repito, será tratada con mucho más detalle en otra parte, las Administraciones públicas españolas no están preparadas, aún, para realizar eficazmente este tipo de controles. Controles posteriores que, por otro lado, ni siquiera están definidos en las normas que desarrollan la Directiva, pese a que son el centro de gravedad de la intervención administrativa en el sector servicios.

Esta falta de definición y eficacia de los controles posteriores, supone que, en la práctica, se está permitiendo el acceso a determinadas actividades a particulares sin comprobar, si quiera someramente, si cumplen los requisitos preestablecidos. Es decir, la Administración no comprueba (porque no puede) con carácter previo si la actividad se va a prestar garantizando la seguridad y salud de los usuarios o la calidad exigida por las normas correspondientes, en su caso. A lo sumo, con carácter posterior se podrá realizar una inspección para comprobar el cumplimiento de los requisitos, pero cuando la actividad ya se haya iniciado y los posibles daños hayan sido causados.

¹⁷⁴ Veremos como el legislador español, estatal y autonómico, no parecen tener muy claro que es cada una de estas figuras y se utilizan indiscriminadamente una u otra sin distinguir a qué se refiere cada una de ellas.

Estas posibles consecuencias de la Directiva Servicios a las que me acabo de referir brevemente, si son graves en cualquier actividad de servicios, pueden resultar catastróficas en el sector turístico que, como ya he mencionado, está cimentado en la calidad de los servicios que se prestan, es decir, en la satisfacción de los consumidores y usuarios. Esta calidad a la que me refiero es el objetivo de cualquier intervención administrativa en el sector, y para alcanzarla deben utilizarse los instrumentos administrativos más eficaces, que en este caso, según entiendo, serán los controles previos (y no necesariamente las autorizaciones y licencias tal y como tradicionalmente se han venido entendiendo). Pero es que, además, esta interpretación en nada contradice a la Directiva comunitaria, porque, como se verá más adelante, esta permite mantener los controles previos de manera excepcional cuando, entre otros requisitos (proporcionalidad y no discriminación), exista una razón imperiosa de interés general que así lo justifique, como en el caso que ahora analizo puede considerarse, sin demasiado esfuerzo interpretativo, la calidad turística.

Para terminar este apartado, y en conclusión, se puede indicar que **se ha producido una quiebra en la línea que la legislación y las políticas públicas turísticas habían iniciado a principios de los años noventa del pasado siglo. Una legislación y unas políticas basadas en la calidad y en la satisfacción del turista que nos visita.** Quiebra que se pone de manifiesto con el debilitamiento del protagonismo de la Administración pública en su función de garantizar una alta calidad en los servicios turísticos. Y este cambio de tendencia, como explicaré, viene motivado solo en parte por la Directiva Servicios, que en definitiva es una norma comunitaria europea que requiere, como es sabido, una transposición en los ordenamientos internos. Los verdaderos responsables de la quiebra a la que antes he hecho referencia son, en mi opinión, el Estado, por un lado y, sobre todo, las comunidades autónomas, quienes ostentan las competencias turísticas en exclusiva y que han realizado una interpretación extensiva y excesiva de la Directiva.

2.4.2.- Los nuevos estatutos de autonomía. La segunda descentralización de competencias en materia turística a favor de los entes locales.

Una de las cuestiones más relevantes en materia turística ha sido la relativa a la distribución de competencias, es decir, a quien ostenta la titularidad para el ejercicio del poder público en la materia.

Actualmente, como ya he mencionado, dicha competencia la tienen en exclusiva las comunidades autónomas. Pero dicha exclusividad es, como en otras materias, relativa. Esto es así porque, como es conocido, el Estado mantiene un haz de competencias basadas en los denominados títulos competenciales horizontales que le permiten actuar en determinadas circunstancias. Pero dichas competencias no pueden ser determinadas previamente con exactitud, pues ha sido el Tribunal Constitucional quien, a través de su jurisprudencia, ha intentado esclarecer la situación competencial, sin éxito, por otro lado¹⁷⁵. No obstante, algunas voces autorizadas han puesto de manifiesto que la dejación del Estado en el ejercicio de sus competencias turísticas ha llevado a situaciones nada deseables en el mercado turístico, produciéndose invasiones competenciales autonómicas en la materia que pertenecían claramente al Estado¹⁷⁶.

Por otro lado, y respecto de las entidades locales, **la doctrina ha llamado la atención sobre la excesiva centralización de competencias turísticas en manos de las comunidades autónomas**, cuando por su propia naturaleza, podrían ser realizadas con más eficacia por aquellas. Así, el profesor José TUDELA ARANDA ha indicado

¹⁷⁵ FERNANDEZ RODRIGUEZ, C., *Derecho administrativo del Turismo*, cit. pág. 56, El TC ha sido quien ha determinado los límites competenciales en la materia de turismo intentando determinarlos con precisión, “si bien del análisis de la jurisprudencia existente sobre la materia, no se concluye fácilmente en los criterios que hayan de seguirse en la delimitación competencial. No existe un parámetro general que permita sentar principios indiscutibles sobre la materia”.

¹⁷⁶ BLANQUER CRIADO, D., “¿Ordenación o desordenación del turismo?”, cit., pág. 297, “Ocurre que so pretexto del título competencial en materia de ordenación del turismo, las CCAA han invadido otros títulos competenciales que la CE atribuye al Estado, invasión frente a la que no ha reaccionado el Estado que ha consentido y tolerado graves injerencias autonómicas que han producido efectos perturbadores en el mercado turístico, al crear dificultades para identificar las ofertas turísticas con la claridad y seguridad que impone la tutela jurídica de los consumidores y usuarios”. En la página 394 del mismo trabajo se indica, por su parte, que “parece urgente que el Estado tome cartas en la regulación jurídica de la primera industria nacional y dicte una Ley que establezca las especialidades societarias de las empresas turísticas y las singularidades contractuales orientadas a proteger a los usuarios de los servicios turísticos”.

que las entidades locales “se encuentran muy lejos de tener el protagonismo que parece pudiera corresponderles en una materia cuyo desarrollo es siempre finalmente local”¹⁷⁷. Es decir, las competencias turísticas que antes de la Constitución estaban concentradas en manos del Estado, se han centralizado, después de la Norma Fundamental en las Comunidades Autónomas. Por otro lado, el profesor David BLANQUER CRIADO ha criticado ese monopolio autonómico sobre este sector socioeconómico, llegando a manifestar que “de la absoluta centralización estatal, parece que el péndulo ha oscilado a la más ilimitada descentralización autonómica”¹⁷⁸

En este sentido, debemos indicar que desde hace algunos años se viene produciendo un movimiento descentralizador desde las comunidades autónomas a favor de las entidades locales. Esta tendencia, que ha sido denominada por algún autor como “segunda descentralización” se ha manifestado muy claramente en algunas autonomías mediante las reformas estatutarias que se han llevado a cabo, y que han supuesto, en la mayoría de los casos, un incremento de las competencias autonómicas en materia local¹⁷⁹. Pero se ha de indicar, desde este momento, que dicho movimiento descentralizador no está asociado, de forma exclusiva, a las reformas estatutarias, sino que algunas regiones han aumentado las competencias locales en materia turística sin necesidad de reformar su respectivo estatuto¹⁸⁰. Y es que, conviene indicar desde este

¹⁷⁷TUDELA ARANDA en “La organización administrativa del turismo”, en GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dir.); PETIT LAVALL, Mª V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., pág. 53.

¹⁷⁸ BALQUER CRIADO, D., “Régimen jurídico del turismo rural”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía III, Zaragoza, 1999, pág. 473.

¹⁷⁹Hasta el momento, nueve de los diecisiete estatutos de autonomía han sido objeto de reforma: el valenciano mediante Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; el catalán, mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el balear, a través de Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el andaluz, mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; el aragonés, por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el castellanoleonés mediante 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; el navarro, a través de la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la L.O. 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra y; por último, el extremeño, por medio de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura

¹⁸⁰ TORNOS MAS, J. y GRACIA RETORTILLO, R., En “La organización territorial en los nuevos estatutos de autonomía. En especial, el nivel local supramunicipal en Cataluña”, Anuario de Gobierno

momento, que la descentralización de competencias turísticas en manos de las entidades locales no depende tanto de que se reformen los estatutos de autonomía en ese sentido, sino de que se modifiquen las correspondientes leyes sectoriales y se produzca la correspondiente atribución.

No obstante, no se puede negar relevancia al hecho de que una comunidad autónoma decida modificar su norma institucional básica para aumentar el número de competencias que corresponde a las entidades locales. Desde el punto de vista constitucional es sumamente relevante, pues supone una mayor garantía del principio de autonomía local¹⁸¹.

Sin embargo, desde el punto de vista pragmático, lo verdaderamente interesante es que las leyes turísticas autonómicas reconozcan competencias turísticas efectivas a las entidades locales, algo que se puede realizar, repito, sin necesidad de reformar los estatutos de autonomía, pues no deja de ser una cuestión que es propia del legislador ordinario.

En este sentido, voy a proceder a realizar un breve análisis de aquellas comunidades autónomas que han atribuido competencias a las entidades locales, distinguiéndolas de aquellas que, por el contrario, mantienen una centralización autonomía en materia turística.

Local, 2008, pág. 84, “La garantía de la autonomía local (que recogen los nuevos estatutos de autonomía) se expresa de forma prioritaria, como han reiterado tanto doctrina como jurisprudencia, mediante la atribución de competencias propias a los entes locales. A ella se refieren los estatutos a través de diferentes fórmulas y niveles de intensidad. De entrada, todos los nuevos textos, con la excepción del valenciano, garantizan un núcleo de competencias propias a los municipios, que podrán ejercer con plena autonomía”.

¹⁸¹ Esta tendencia a aumentar la regulación de “lo local” en los nuevos estatutos de autonomía ha sido puesto de manifiesto por TORNOS MAS, J. y GRACIA RETORTILLO, R., En “La organización territorial en los nuevos estatutos de autonomía. En especial, el nivel local supramunicipal en Cataluña”, cit., pág. 77, “Un primer dato a destacar es, pues, la existencia en los estatutos de autonomía de una regulación sistemática y detallada en materia de organización territorial y gobierno local. Por primera vez, el legislador ordinario ha entrado a regular de manera sustantiva las cuestiones relativas al nivel local de gobierno, más allá de las escuetas referencias que se contenían en los textos anteriores”.

Entre las primeras se encuentran la mayoría de comunidades autónomas y, como es lógico, muchas de ellas no han reformado sus estatutos de autonomía. Además, dentro de estas cabe diferenciar, igualmente, distintos grados de descentralización. Así, entre las más descentralizadas podemos encontrarnos a Islas Baleares (que, además, si ha reformado su Estatuto) en cuya nueva Ley 8/2012, de 19 de julio, se procede a desgranar las competencias de la comunidad autónoma (artículo 6), los consejos insulares (artículo 7) y ayuntamientos (artículo 8). De entre todos ellos quien asume más protagonismo son los consejos insulares con competencias tales como inspección y sanción, ordenación y planificación turística, potestad reglamentaria, etcétera. Con la misma tendencia descentralizadora, en un grado muy alto además, podemos citar a Extremadura (que también ha reformado su estatuto) que, a través de la Ley 2/2011, de 31 de enero, ha llevado a cabo una distribución de competencias entre la comunidad (artículo 4), las diputaciones provinciales (artículo 5) y los municipios (artículo 6), asumiendo estas competencias muy relevantes, tales como la tramitación de las declaraciones responsables y comunicaciones previas, desarrollo de políticas turísticas, entre otras. Asimismo, y refiriéndome todavía a aquellas comunidades autónomas que han procedido a descentralizar las competencias turísticas en las entidades locales, no puedo dejar de hacer referencia a Cataluña (con Estatuto reformado igualmente), quien en su Ley 13/2002, de 21 de junio, señala como competencias municipales el otorgamiento de autorizaciones y licencias, la comunicación de altas y bajas al registro o elaboración de instrumentos de planeamiento (artículo 68). Por último, todavía dentro de las autonomías más descentralizadas en materia turística cabe destacar a Aragón, en cuyo Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón, se atribuyen las competencias más relevantes, como por ejemplo, el ejercicio de funciones inspectoras o el otorgamiento de autorizaciones turísticas, a las comarcas (artículo 13) y a los municipios (artículo 14), respectivamente.

En esta misma línea descentralizadora, pero mucho menos marcada que las anteriores, podemos situar a Andalucía, cuya Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de turismo, remite (artículo 4) a la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local donde se realiza una distribución de competencias muy detalladas de todas y cada una de las entidades locales pero, sin embargo, en materia turística solo menciona como

competencias propias las relativas al fomento (artículo 9.16). Igualmente podemos hablar de Castilla y León, en su Ley 14/2010, de 9 de diciembre, que distingue entre las competencias autonómicas (artículo 3), provinciales (artículo 4), comarcales (artículo 5) y municipales (artículo 6), aunque la mayoría de las competencias turísticas, y las más relevantes además, siguen perteneciendo a la comunidad autónoma. Estas dos últimas autonomías, pese a haber reformado sus normas institucionales básicas, no se ha traducido en un aumento de las competencias turísticas. En esta misma tendencia de reconocer mínimas competencias turísticas a las entidades locales se encuentran Canarias (artículo 6 y 7 de la Ley 7/1995, de 6 de abril), Galicia (artículo 5 y 6 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre), Asturias, (artículo 6 de la Ley 7/2001, de 22 de junio); Navarra (artículo 6 de la Ley 7/2003, de 14 de febrero) y Cantabria (artículo 6 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo).

El resto de comunidades autónomas, no reconoce la más mínima competencia en la materia a las entidades locales. Es decir, Murcia, Castilla-La Mancha (que, además, ha reformado su estatuto de autonomía para reconocer más competencias a las entidades locales), País Vasco, La Rioja, Madrid y Valencia (que también modificó su estatuto).

De lo anterior se puede deducir que no todas las reformas en los estatutos de autonomías han conllevado un aumento de las competencias locales en materia turística, aunque en la mayoría haya sido así. Y, por otro lado, algunas comunidades autónomas, sin reformar sus estatutos, han llevado a cabo una descentralización, si quiera relativa, en favor de las comunidades autónomas.

2.4.3.- Algunas consideraciones finales sobre las competencias estatales en materia turística.

Pese a que, como se ha venido indicando a lo largo de los epígrafes anteriores, las competencias en materia turística corresponden a las comunidades autónomas en

exclusiva, no se debe, en cualquier caso, menospreciar las competencias que el Estado podría llegar a ejercer en la materia.

Autores de la talla del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, han llegado a manifestar que, en ocasiones, la importancia económica del turismo para la economía nacional, podría justificar una intervención total del Estado en la materia. Así lo indica: “Se puede alegar o justificar, en base a la importancia económica del turismo en España, una intervención total del Estado. Llegando incluso, se entiende, al extremo de ejecutar administrativamente el mismo. Parece que sí, y esta es mi teoría, pero con ciertos límites que no se pueden dejar de observar como, por ejemplo, el de que no pueda ser una intervención indefinida sino excepcional”¹⁸².

Y es que no se debe desdeñar la importancia del turismo. Y, por consiguiente, las competencias que el Estado pudiera ejercer en determinadas circunstancias excepcionales. En este sentido, José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ defiende, de hecho, que sería más adecuado hablar de competencias concurrentes entre el Estado y las comunidades autónomas ¹⁸³. Algo con lo que no puedo estar de acuerdo, pues una cosa es que el Estado pueda intervenir excepcionalmente cuando las circunstancias lo requieran, y otra bien diferente, hablar de competencias concurrentes. La Constitución es meridiana en este sentido. La competencia sobre ordenación y promoción del turismo corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas.

2.5.-El papel de las organizaciones internacionales en la evolución de la legislación turística.

¹⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R., Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1, 14 ed., Civitas, 2008, pág. 324.

¹⁸³ PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., (Dir.), MARTÍNEZ JIMENEZ, E. y PEDREIRA MENÉNDEZ, J., *Derecho público del turismo*, cit. pág. 45, “Resulta tan sumamente improbable que la materia turística aparezca en toda su pureza, es decir, sin guardar relación con las materias de competencia estatal, al amparo del artículo 149.1 del Texto Constitucional que sería más correcto hablar de turismo como una competencia concurrente entre comunidades autónomas y Estado”

El turismo, por su propia naturaleza, es una materia con un componente internacional innegable. Los turistas visitan, con frecuencia, países extranjeros, culturas diferentes a la suya para, precisamente, vivir una experiencia distinta a la de su vida cotidiana.

Hay que tener en cuenta, por consiguiente, este elemento internacional a la hora de analizar la evolución de la legislación en el sector. Por ello, será importante analizar la historia de las principales organizaciones internacionales en la materia así como su posición internacional en la actualidad.

2.5.1.- Orígenes, evolución y situación actual de la Organización Mundial del Turismo.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que ya en las primeras manifestaciones del turismo moderno, afloró este elemento internacional. Así, se puede hacer referencia a que los primeros congresos internacionales sobre turismo se realizaron durante los primeros años del siglo XX, recién aparecido, por lo tanto, el turismo moderno¹⁸⁴.

Como es lógico, esa floreciente internacionalización del turismo se vio truncada tanto durante la Primera Guerra Mundial¹⁸⁵ como durante la Segunda. Pero durante el

¹⁸⁴ Véase BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, en la obra colectiva BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit., pág. 27, “La obra más brillante de esta Comisión (se refieren a la Comisión Nacional de Turismo), pues no pudo permanecer ajena a ella, fue la realización de varios congresos internacionales de turismo, primeros internacionales que se registran en la Historia del Turismo. Tuvieron lugar en Zaragoza (1908), San Sebastián (1909), Toulouse (1910) y Lisboa (1911). Un quinto congreso se celebró en Madrid (1912) disuelta ya la Comisión Nacional. Los asistentes fueron, principalmente, de los países vecinos. Al de Lisboa, solamente de Francia acudieron unos setecientos congresistas. En él, a propuesta de la Sociedad de Atracción de Forasteros de Barcelona se perfiló la creación de un organismo oficial de turismo que sustituyese a la Comisión Nacional, dándole una mayor capacidad de ejecución para los numerosos proyectos que bullían”.

¹⁸⁵ Durante el periodo de Entreguerras, podemos mencionar la celebración en el año 1925 del Congreso Internacional de Asociaciones Oficiales de Propaganda que con posterioridad cambiaría el nombre por el de Congreso Internacional de Organismos Oficiales de Turismo (UIOOPT), que sería el embrión de la posterior Agencia de las Naciones Unidas para el Turismo, la Organización Mundial de Turismo. Así lo ponen de manifiesto BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, en la obra

periodo de entreguerras, así como, sobre todo, después de la Segunda Gran Guerra aparecieron determinados organismos de ámbito internacional de los que España ha formado parte y que, por tanto, como es lógico, han influenciado en el sector.

Pero es después de la Segunda Guerra Mundial, coincidiendo con el despegue del turismo, con su conversión en un fenómeno de masas, cuando empieza a suscitarse la necesidad de dar respuesta a la dimensión internacional del sector mediante la creación de un organismo internacional, más moderno, que sustituyese al anterior Congreso Internacional de Organismos Oficiales de Turismo o Asociaciones Oficiales de Propaganda (UIOOPT). Así, en 1946, muy poco tiempo después de terminada la guerra, se celebra en Londres el Congreso Internacional de Organismos Nacionales de Turismo, donde se decide la creación de una nueva organización internacional de carácter no gubernamental y de ámbito universal que será la Unión Internacional de Organismos Oficiales de Turismo (En adelante, UIOOT), con sede en Ginebra (Suiza)¹⁸⁶. A instancias de la propia UIOOT, las Naciones Unidas declaran 1967 como año internacional del Turismo con el lema “Turismo, Pasaporte para la Paz”.

Se debe tener en cuenta que a España se le habían levantado las sanciones internacionales en el año 1954 y que durante los años sesenta se estaba produciendo un tímido aperturismo internacional motivado en gran parte, sin duda, por los beneficios económicos que aportaba el turismo.

En 1969, se celebra en Sofía (Bulgaria) una Conferencia Intergubernamental y, junto con la Asamblea General de las Naciones Unidas instan a la creación de una organización intergubernamental sobre turismo independiente. El 27 de septiembre de

colectiva BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, cit., págs. 30-31.

¹⁸⁶ Este organismo internacional tiene importancia, sobre todo, porque en 1963 se reúne en Roma la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Turismo y los Viajes Internacionales. Esta Conferencia adoptó una serie de recomendaciones importantes sobre la Definición de los Términos de Visitante y Turista a fines de la estadística internacional; la simplificación de las formalidades de los viajes internacionales y una resolución general sobre el desarrollo turístico, incluyendo la cooperación técnica, la libertad de desplazamiento y la ausencia de discriminación. Véase, <http://www2.unwto.org>.

1970 la Asamblea General Extraordinaria de la UIOOT, convocada en México D.F. (México), adopta los Estatutos de la OMT, fecha que ha sido elegida para celebrar, a partir de 1980, el “Día Mundial del Turismo”. En mayo de 1975, se celebra en Madrid la primera reunión de la Asamblea General de la OMT y se elige a la ciudad anfitriona como Ciudad Sede permanente de la Organización . Este será un hito importante para nuestro país pues supone el reconocimiento internacional de España como potencia turística mundial.

En 1980, bajo los auspicios de la OMT se celebra en Manila (Filipinas) la Conferencia Mundial del Turismo donde se adopta la Declaración de Manila sobre el Turismo Mundial, a la que ya he hecho referencia, y que cabe destacar porque supone uno de los primeros reconocimientos internacionales a la calidad del turismo como factor esencial para un adecuado desarrollo del mismo. Esta Declaración servirá, sin duda, para situar a la calidad entre los objetivos fundamentales del turismo en nuestro país. Desde luego, ya había habido referencias anteriores en normas internas a la calidad del turismo, pero no con la claridad e intensidad con la que se hace en esta Declaración.

Considero importante mencionar el hecho de que la OMT participa, en el año 1992, en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro (Brasil) donde surge el “Programa 21”. Resulta importante mencionar este hecho, según entiendo, porque pone de manifiesto la íntima relación existente entre turismo y medio ambiente. Y es que, como es fácilmente comprensible, solo es posible ofrecer un turismo de calidad si, igualmente, este se desarrolla en un entorno natural adecuado. Un desarrollo turístico que no tenga en cuenta los factores ambientales, no podrá ser considerado turismo de calidad y, por ende, resultará insostenible.

Tres años después de la Conferencia de Río, en 1995, se celebra en Lanzarote (Islas Canarias) la Conferencia Mundial sobre Turismo Sostenible, donde aprueba la Carta del Turismo Sostenible en la que establece la sostenibilidad como objetivo

fundamental del desarrollo turístico¹⁸⁷. Resulta importante mencionar, aunque a ello dedicaré un epígrafe concreto de este trabajo, que el origen del concepto de desarrollo sostenible lo podemos encontrar en el denominado Informe Brundtland, un informe económico-social elaborado en 1987 para las naciones Unidas por una Comisión de expertos de distintas naciones encabezadas por la Doctora Gro HARLEM BRUNDTLAND.

En el año 2002, se celebró en Johannesburgo (Sudáfrica) la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en la que se hizo hincapié en la importancia del turismo para alcanzar los objetivos de reducción de la pobreza, protección del medio ambiente y del patrimonio cultural. Fue destacada la participación de la OMT que presentó diversos programas en el sentido señalado.

Recientemente, en concreto a finales de 2012, y con la participación activa de la OMT, se ha celebrado en Rio de Janeiro (Brasil) la Cumbre Rio + 20, en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, en la que se ha dedicado un apartado específico al turismo sostenible, donde se ha querido indicar, expresamente, que “Ponemos de relieve que el turismo bien concebido y bien gestionado puede hacer una contribución importante a las tres dimensiones del desarrollo sostenible, tiene vínculos estrechos con otros sectores y puede crear empleo decente y generar oportunidades comerciales. Reconocemos la necesidad de apoyar las actividades de turismo sostenible y la creación de capacidad conexa que permitan crear conciencia ambiental, conservar y proteger el medio ambiente, respetar la fauna y la flora silvestres, la diversidad biológica, los ecosistemas y la diversidad cultural, y aumentar el bienestar y mejorar los medios de vida de las comunidades locales apoyando las economías locales y el medio humano y natural en su conjunto”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ El punto primero de la Declaración establece que “el desarrollo turístico deberá fundamentarse sobre criterios de sostenibilidad, es decir, ha de ser soportable ecológicamente a largo plazo, viable económicamente y equitativo desde una perspectiva ética y social para las comunidades locales”.

¹⁸⁸ Véase en este sentido la Resolución 66/288, de la Asamblea General de la ONU, titulada el futuro que queremos. En su página 28 se refiere específicamente al turismo sostenible como factor esencial para alcanzar la sostenibilidad integral.

2.5.2.- Breve referencia al Consejo Mundial del Turismo Sostenible

Cabe destacar, en esta misma línea, la creación en el año 2010 del Consejo Mundial del Turismo Sostenible (*Global Sustainable Tourism Council*)¹⁸⁹ como una organización no gubernamental de ámbito internacional. La importancia de esta organización pasa, fundamentalmente, por ser un referente internacional en el turismo sostenible. Como tal, ha fijado una serie de criterios internacionales de sostenibilidad que han de ser implementados por todos los actores implicados en el sector, incluidos, como es lógico, los gobiernos. Bien es cierto que el cumplimiento de esos criterios no se puede exigir jurídicamente, pero pueden resultar muy interesantes como criterios de referencia a tener en cuenta tanto por los agentes privados (profesionales y empresas) como por las propias Administraciones públicas a la hora de crear e implementar las políticas turísticas.

Esta organización resulta muy importante, en mi opinión, porque, al igual que la OMT, consideran al turismo no como un sector económico más, sino como un instrumento para conseguir determinados objetivos esenciales. Así, no tiene sentido llevar a cabo una legislación o implementar políticas turísticas que persigan en exclusiva el incremento de los beneficios económicos. Desde luego, esto es importante, pero no puede ser lo único a tener en consideración. Se deben ampliar las miras con objetivos mucho más amplios para los que el turismo resulta ser un medio especialmente adecuado. En este sentido, este tipo de organizaciones internacionales pueden servir de llamada de atención a los Estados a la hora de legislar sobre turismo.

2.5.3.- Sobre la futura Agencia Europea de Turismo

¹⁸⁹ Sobre la naturaleza, composición, funciones y objetivos de esta organización se puede consultar su página web, <http://www.gstcouncil.org/>.

A día de hoy, no puede haber ninguna duda de la importancia que este sector tiene para la economía europea. Sin embargo, el turismo sigue siendo una competencia propia de los Estados miembros. La Unión Europea solo puede, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, complementar la acción de los Estados en la materia¹⁹⁰.

A estos efectos, resulta importante analizar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones¹⁹¹, titulado: “Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo”, de la que se desprende que, pese a la importancia económica y social del turismo, la única preocupación de la Comisión sigue siendo la de eliminar las barreras y trabas administrativas¹⁹², como si ahí radicara el secreto del éxito de la legislación y las políticas públicas en la materia.

Por otro lado, se debe mencionar que la Comisión acoge cuatro objetivos fundamentales para el futuro del turismo de la Unión:

- 1) Estimular la competitividad del sector turístico en Europa;
- 2) Promover el desarrollo de un turismo sostenible, responsable y de calidad;
- 3) Consolidar la imagen y visibilidad de Europa como conjunto de destinos sostenibles y de calidad;

¹⁹⁰ El profesor RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, “Globalización y calidad turística: la respuesta de la Unión Europea y su inclusión en la planificación territorial y turística española”, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 24, 2013, pág. 378, la ha denominado “competencia de baja intensidad”.

¹⁹¹ Bruselas, 30.6.2010 COM (2010) 352 final.

¹⁹² Así, en la página 4 del documento se puede leer: “Este nuevo marco jurídico constituye una verdadera oportunidad para realizar acciones de gran valor añadido europeo que tengan en cuenta la preocupación de reducir las cargas administrativas. Tales acciones están destinadas a beneficiar al conjunto de los países de la Unión Europea, cada uno de los cuales está interesado, aunque en diverso grado, en desarrollar su potencial turístico”.

- 4) Maximizar el potencial de las políticas e instrumentos financieros de la UE para el desarrollo del turismo.

En efecto, estos objetivos parecen esenciales para consolidar a Europa como primer destino turístico mundial. Pero, cabe mencionar un óbice importante para conseguir dichas metas: la Unión Europea solo tiene competencias para complementar la acción de los Estados miembros. No existe una competencia europea como tal en materia turística.

Por otro lado, resulta llamativa la prelación dada a la competitividad frente a la promoción del desarrollo sostenible. No es baladí, en mi opinión, el orden en el que se sitúan los objetivos. Desde luego, todos están interrelacionados, pues sin un turismo sostenible y de calidad no se puede hablar de competitividad. Pero es que lo primero ha de ser, según entiendo, garantizar la protección del medio ambiente, el patrimonio cultural y social, asegurar una mínima calidad en los productos turísticos, etcétera. En definitiva, lograr un desarrollo turístico sostenible. Una vez garantizado esto, se podrá hacer mayor hincapié en la competitividad de las empresas del sector. Lo primero es requisito *sine qua non* para lo segundo

Sin embargo, la Unión Europea parece haber seguido el camino contrario. Primero la competitividad, y después la sostenibilidad. Sin cerciorarse quizás que una competitividad mal entendida, puede dar lugar a un desarrollo turístico insostenible. En este contexto podemos situar a la Directiva Servicios como manifestación de una preocupación por la competitividad del sector servicios en general, sin tener en cuenta las especialidades propias de sectores que como el turismo tienen, además, otras prioridades y objetivos esenciales, de cuyo cumplimiento depende su propia subsistencia.

Pues bien, en este contexto quizás sea necesario un mayor protagonismo de la Unión Europea en materia turística. Si se habla de Europa como primer destino turístico mundial, y si se quiere consolidar dicha posición en el futuro, lo lógico será otorgar

competencias a la Unión sobre materia turística. Seguramente no de manera exclusiva, pues los Estados miembros deben tener competencias en la materia, pero si compartida, al igual que ocurre ahora, y desde el Tratado de Funcionamiento, con el medio ambiente, el mercado interior, protección de consumidores y usuarios, energía, etcétera (artículo 4 del Tratado).

En este sentido, el Comité Económico y Social de la Unión Europea ha planteado, en un documento de contestación a la Comunicación de la Comisión antes referida (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Europa, primer destino turístico del mundo: Un nuevo marco político para el turismo europeo” COM (2010) 352 final (2011/C 376/08)¹⁹³, que sería conveniente crear una Agencia Europea del Turismo que desarrolle una política turística común, coherente y sin ambigüedades “que cuente con la participación y la adhesión de todos los agentes que trabajan en el sector del turismo, como las federaciones de empresas, los operadores privados, las organizaciones sindicales, las regiones y las agencias nacionales de turismo”.

Asimismo, se plantea una cuestión de vital importancia como es la de convertir la política turística en una política transversal, es decir, una política que ha de ser tomada en cuenta al elaborar e implementar otras políticas vinculadas, como por ejemplo, la política sobre transporte, seguridad, consumo, etcétera.¹⁹⁴

En el mismo sentido, y para intentar remarcar la importancia del turismo para la Unión Europea, el Comité considera esencial que se aplique al turismo el principio de

¹⁹³ Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2011, C376-44

¹⁹⁴ Pág. 47, punto 3.3, “El turismo no debe verse como una política aislada, sino como un tema horizontal que se ve influido por las diferentes políticas que se adoptan en la UE, especialmente las de transporte, educación, empleo, investigación e innovación, cambio climático, mercado interior, seguridad, consumo, etc., por lo que la política de turismo en realidad no es competencia exclusiva de la DG Empresa, sino que debe contemplarse de manera integrada con las restantes políticas de la UE.”

legislación inteligente, es decir, que todas las propuestas legislativas que se lleven a cabo en el seno de la Unión vayan precedidas de una evaluación sobre impacto que van a ocasionar al sector turístico¹⁹⁵.

Pero para todo lo anterior, incido en la idea ya plasmada anteriormente, sería necesario que la Unión Europea tuviese más competencias en materia turística. En definitiva, que hubiera una verdadera política turística común, y no de simple complemento de la de los Estados miembros¹⁹⁶.

2.6.- Evolución de la doctrina jurídica española en materia de turismo.

El turismo como sector económico y social de indudable relevancia ha sido objeto de estudio por los economistas, sociólogos, geógrafos e, incluso, psicólogos. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, el turismo no ha recibido la misma atención por parte de la doctrina sino hasta fechas muy recientes. Y es que, el turismo ha sido considerado por los estudiosos de la ciencia del Derecho como algo menor, algo que no merece excesiva atención pues no resulta demasiado serio¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Pág. 47, punto 3.2, “Se considera esencial que la Comisión, al igual que las otras instituciones de la UE, aplique el principio de la legislación inteligente y que todas las propuestas legislativas de la UE incluyan una evaluación adecuada del impacto de las medidas propuestas que afecten a la industria del turismo. En el marco de actuación propuesto para el turismo no se hace referencia alguna a la necesidad de llevar a cabo evaluaciones de impacto adecuadas para calibrar el impacto potencial en el sector, cada vez que se presenta una propuesta legislativa de la UE. Esto es especialmente pertinente en algunos casos como, por ejemplo, las propuestas legislativas en materia de etiquetado de productos alimenticios, pasajeros y derechos de los consumidores”.

¹⁹⁶ MOLINA DEL POZO, C. F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá II (2009), pág. 457, “El gran problema de la Unión, como ya lo conocemos, es su falta de competencia en esta materia, o más bien su competencia para adoptar medidas, de manera concurrente con la competencia de cada Estado Miembro para establecer políticas turísticas. Por tanto, la Comisión no propone adoptar una nueva política, omitiendo su falta de competencia, sino más bien reforzar su ámbito de actuación en esta materia, ofreciendo un “claro valor añadido a las disposiciones nacionales o regionales”. En consecuencias, parece evidente el hecho de que “cualquier política turística europea deberá ser complementaria a las medidas adoptadas en los Estados miembros”.

¹⁹⁷ En este sentido se pronuncia MUÑOZ DE ESCALONA, F., “El turismo explicado con claridad. Autopsia del turismo”, cit., pág. 4, “El turismo me parecía algo superficial, frívolo y poco serio, no solo como actividad personal sino, sobre todo, como forma de ganarse la vida y, más aun, como objeto de

Desde luego, durante las primeras manifestaciones del turismo moderno en nuestro país, la atención del jurista no podía ser excesiva debido a la escasa relevancia del sector. Sin embargo, ya he tenido ocasión de señalar como pese a esa escasa relevancia del turismo en sus primeros años, se crea un auténtico entramado institucional de carácter público para apoyar una joven industria que, como más tarde se demostró, estaba llamada a convertirse en el primer sector económico nacional. A estos efectos, estamos “ante una de las primeras ocasiones en las que el poder público usa la forma de los entes instrumentales para lograr sus fines¹⁹⁸”.

Pero esta escasa atención de la doctrina jurídica no cambia cuando el turismo se va convirtiendo en un fenómeno de masas. Se mantiene la escasa atención durante el denominado “*boom* turístico”, pese a que aumenta la relevancia económica y social del sector. Sin duda, la visión del turismo como una actividad frívola y que podía atentar contra “las buenas costumbres españolas” no alentaba a los investigadores a centrar su actividad científica sobre este sector. No obstante lo anterior, existe alguna excepción a la casi total ausencia de interés. Me refiero, en concreto, al trabajo publicado en Sevilla en el año 1966, tras la celebración el Primer Congreso Italo-Español, de profesores de Derecho Administrativo y que tuvo por objeto, precisamente, “Los aspectos jurídico-administrativos del turismo”¹⁹⁹. En este congreso participaron autores de la talla de José Luis VILLAR PALASÍ, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Ramón MARTÍN MATEO²⁰⁰, Alfonso PÉREZ MORENO²⁰¹, Aurelio GUAITA

investigación y estudio. ¿Estudiar, investigar el turismo? ¿Para qué? Y, sobre todo, ¿por qué y para quién?”.

¹⁹⁸ TUDELA ARANDA, J., “La organización administrativa del turismo”, cit., pág. 49.

¹⁹⁹ A esta obra ya me he referido más arriba.

²⁰⁰ Cuya ponencia fue titulada, precisamente, “Aspectos jurídico administrativos del turismo”, cit., págs. 31-51.

²⁰¹ Que participa con un interesante trabajo sobre “La regionalización del turismo (solución a un problema de competencia”, págs. 53-63, y que plantea, por primera vez, la necesidad de llevar a cabo una descentralización de las competencias turísticas.

MARTORELL²⁰², Enrique RIVERO YSERN²⁰³ o José Luis MEILÁN GIL²⁰⁴, entre otros²⁰⁵.

Esta obra pone de manifiesto que las actividades turísticas tenían un interés jurídico indudable, y que levantaban la expectación de la doctrina. Sin embargo, dicho interés no se mantuvo durante los años venideros, pese a la cada vez mayor repercusión económica y social del sector. Esta obra bien podría ser considerada como una isla en el océano de la indiferencia.

Otra isla importante, siguiendo con la metáfora, la podemos encontrar 1974²⁰⁶, con la obra de José FERNÁNDEZ ÁLVAREZ²⁰⁷ donde analiza, en cuatro volúmenes, todo el Derecho Administrativo turístico de la época. Se trata de un tratado imprescindible para conocer el Derecho administrativo turístico de este periodo.

Después de esta obra que se acaba de mencionar, no encontramos nada relevante hasta principios de los años noventa. Téngase en cuenta que, como ya se ha explicado, a mediados de los setenta se produce la primera crisis turística de relieve en nuestro país, con una bajada importante del número de turistas que atraviesan nuestras fronteras. Sin embargo, la doctrina jurídica no parece preocupada por esta cuestión. Bien es cierto que

²⁰² Que se centra en “La actividad de los particulares en los centros y zonas de interés turístico nacional”, págs. 85-97.

²⁰³ Sobre “La repercusión de la normativa de centros y zonas de interés y su reglamento en el aprovechamiento, uso y disfrute de los bienes de las entidades municipales”, págs. 165-179.

²⁰⁴ “Las empresas públicas de hostelería en el Derecho español”, págs. 247-272.

²⁰⁵ He citado solo a algunos autores de la sección española sin ánimo de ser exhaustivo. Pero también participaron autores italianos importantes como GIANNINI y SEPE, con una ponencia conjunta sobre “I soggetti pubblici che operato del campo del turismo”, págs. 15-29; Umberto FRAGOLA, “Appunti sul turismo come Attività Giuridica”, págs. 63-69; o Giuseppe SANTANIELO, “I porti Turistici”, págs. 69-81, entre otros.

²⁰⁶ Con alguna excepción importante en el año 1971, con una obra de Juan ORTIZ DE MENDIVIL, *Derecho del turismo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo Turístico*, cit., vols. I-IV.

es una época políticamente muy convulsa, y todas las miradas parecen centradas en la elaboración y posterior aprobación de la Constitución Española, Pero es que, transcurrido este periodo, y con un cambio tan importante en materia turística, como es la descentralización de competencias en los nuevos entes territoriales, no hay ninguna obra sobre la materia hasta transcurridos, al menos, diez años desde la aprobación de la Norma Fundamental.²⁰⁸

Pero a mediados y finales de los años noventa, y, sobre todo con la entrada en el nuevo milenio, parece producirse un punto de inflexión en la doctrina turística. Aumenta el interés por las cuestiones jurídicas del sector, sobre todo, cuando las diferentes comunidades autónomas, encabezadas por el País Vasco en 1994, comienzan a aprobar sus normas sectoriales turísticas en ejercicio de sus competencias exclusivas.

Son numerosos los autores que comienzan a publicar obras sobre aspectos jurídicos del turismo, pudiendo destacar a ARCARONS SIMON, R., *Manual de Derecho Administrativo turístico*, publicado en 1994²⁰⁹; GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELLS, A., (Dir.), PETIT LAVALL, M^a. V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*²¹⁰, en el año 2000; CALONGE VELÁZQUEZ, A. *El Turismo: aspectos institucionales y actividad administrativa*²¹¹, también en el año 2000; BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *La calidad integral del turismo*²¹², en el año 2003;

²⁰⁸ Así se pronuncia el profesor José TUDELA ARANDA, en “La organización administrativa del Turismo”, en GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELLS, A., (Dir.), PETIT LAVALL, M^a. V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, cit., pág. 41, “El universalmente reconocido desinterés que tradicionalmente ha mostrado el mundo jurídico por el fenómeno turístico ha sido hasta fecha recientes la más notable característica de las relaciones entre Derecho y Turismo”. Del mismo modo, TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit., pág. 291. “Paradójicamente, el turismo ha sido objeto de una atención que no puede pasar de ser calificada como secundaria por los estudiosos de las múltiples disciplinas sobre las que repercute”

²⁰⁹ ARCARONS SIMON, R., *Manual de Derecho Administrativo turístico*, Ed. Síntesis, Madrid, 1994.

²¹⁰ GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELLS, A., (Dir.), PETIT LAVALL, M^a. V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, cit.

²¹¹ CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El Turismo: aspectos institucionales y actividad administrativa*, cit.

²¹² BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *La calidad integral del turismo*, cit.

Francisco Javier MELGOSA ARCOS, *Derecho y Turismo*²¹³, publicada en 2004; José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ, *Derecho público del turismo*²¹⁴, igualmente del año 2004.

Sin perjuicio de la importancia de las obras anteriores, cabe destacar la obra de José TUDELA ARANDA porque, en mi opinión, constituye el verdadero punto de inflexión de la atención de la doctrina jurídica sobre el turismo. Son numerosas las obras publicadas por éste autor relacionadas con el sector turístico y la intervención administrativa sobre el mismo. Así, sin ánimo de ser exhaustivo, se pueden mencionar: “Hacia un nuevo régimen jurídico del turismo”²¹⁵; la monografía sobre *El régimen jurídico de los recursos turísticos*²¹⁶, “La problemática jurídica de la calidad turística”²¹⁷; “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”²¹⁸. Amén de otras diversas colaboraciones en obras colectivas antes mencionadas²¹⁹.

Y llegamos a la última década. En este último periodo, y a diferencia de lo que había pasado en periodos anteriores, la producción jurídica-científica sobre el turismo es profusa y rica. Así, se puede citar la reciente obra del profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, con varias monografías sobre la materia²²⁰ y numerosos artículos²²¹.

²¹³ MELGOSA ARCOS, F. J., *Derecho y Turismo*, cit.

²¹⁴ PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., *Derecho público del turismo*, cit.

²¹⁵ TUDELA ARANDA, “Hacia un nuevo régimen jurídico del turismo”, cit.

²¹⁶ TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit..

²¹⁷ TUDELA ARANDA, J., “La problemática jurídica de la calidad turística”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 23, págs. 131-154.

²¹⁸ TUDELA ARANDA, J. “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”, cit., págs. 377-394.

²¹⁹ Por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo, en la obra de GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELLS, A., (Dir.), PETIT LAVALL, M^a. V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, cit. mediante una colaboración titulada “La organización administrativa del turismo”.

²²⁰ BOUAZZA ARIÑO, Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible del turismo desde la ordenación del territorio, Atelier, 2006; BOUAZZA ARIÑO, O., Planificación turística

Igualmente, se pueden destacar otras obras relevantes como la de Carmen FERNÁNDEZ RODRIGUEZ²²² Javier SOLA TEYSSIERE²²³, Pilar Juana GRACÍA SAURA²²⁴, o Miguel CORCHERO²²⁵, entre otros. Y más recientemente, en esta línea de investigación, autores como Antonio VILLANUEVA CUEVAS²²⁶ o Vicenç AGUADO i CUDOLÀ y Óscar CASANOVAS IBÁÑEZ²²⁷.

Se puede indicar, por consiguiente, que la tendencia ha cambiado. La doctrina jurídica comienza a mostrar una mayor preocupación por los problemas jurídicos del turismo. Sobre todo, a raíz de la aprobación una norma como la Directiva Servicios que pretende liberalizar estas actividades. Un sector que, conviene no olvidar, es el más importante de nuestra economía y uno de los más relevantes de la economía comunitaria.

3.- Conceptos jurídico-turísticos fundamentales.

3.1.- Introducción

Autonómica, Reus, Madrid, 2007.; BOUAZZA ARIÑO, O., La planificación territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

²²¹ BOUAZZA ARIÑO, O., “El sistema andaluz de ordenación territorial del turismo a la luz del Plan General de Turismo Sostenible”, Revista Andaluza de Derecho del Turismo, núm. 1, 2009, págs. 15 a 47. BOUAZZA ARIÑO O., “Turisme”, en La descentralizació de competencies de la Generalitatals ens locals de Catalunya, en GALÁN GALÁN, A., (Dir.). vol. 2, *Estudis sectorials, Informe Pi i Súnyer*, Fundació Pi i Súnyer, Barcelona, págs. 423-450.

²²² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho Administrativo del turismo*, cit.

²²³ SOLA TEYSSIERE, J., *Ordenación territorial y urbanística de las zonas turísticas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

²²⁴ GARCÍA SAURA, P. J., *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis jurídico medio ambiental de la legislación turística española*, cit.

²²⁵ CORCHERO, M., *Derecho del turismo. Conceptos fundamentales*, cit.

²²⁶ VILLANUEVA CUEVAS, A., *La política de la Unión Europea en materia de turismo y sus repercusiones en la legislación turística Española*, Ed. Reus, Madrid, 2012.

²²⁷ AGUADO i CUDOLÀ, V y CASANOVAS IBÁÑEZ, O., *El Impacto del Derecho de la Unión Europea en el Turismo*, cit.

Unos epígrafes más arriba hacía referencia a la importancia que tenía para el Derecho del turismo llevar a cabo una definición de los diferentes conceptos turísticos para intentar aportar certeza y seguridad jurídica en un ámbito especialmente volátil y sensible a los cambios legislativos y de política turística.

Por ello, voy a tratar a continuación, durante los próximos epígrafes, de llevar a cabo un análisis detallado de los que, en el Derecho turístico actual, pueden ser considerados los conceptos fundamentales íntimamente vinculados con la idea de lo que debe ser el turismo. Conceptos que, en algunos casos, como se irá explicando, se han convertido en auténticos principios generales de Derecho del turismo y que, por consiguiente, han de ser respetados por todos los actores presentes en el sector, es decir, profesionales y empresas, consumidores y usuarios y, por supuesto, sector público.

3.2.- La calidad turística.

Voy a proceder a analizar a continuación uno de los conceptos esenciales del Derecho del turismo. Un principio que se encuentra recogido actualmente en todas las leyes turísticas de las comunidades autónomas y que es un objetivo perseguido en todas las políticas públicas turísticas. Desde luego, no puede concebirse hoy una actividad turística que no tenga en cuenta este principio, auténtico centro de gravedad de toda actuación pública sobre el turismo.

3.2.1.- Orígenes del concepto de calidad turística.

Anteriormente, cuando he hecho referencia a la evolución histórica de la legislación turística en nuestro país, he tenido ocasión de mencionar como la calidad se hallaba ya entre los objetivos que estas normas perseguían. Normas de toda época,

desde los orígenes del turismo moderno. No podía ser de otra forma, pues **la calidad es una idea indisolublemente unida a la satisfacción del usuario, algo que ha estado presente, repito, en cualquier periodo como requisito esencial para la propia supervivencia del sector.**

Así, desde las primeras normas aparecidas en el sector, como el Real Decreto de 29 de junio de 1816 por el que se regulan los manantiales y las aguas minerales, la Real Orden de 28 de mayo de 1817, el primer Reglamento para la inspección, gobierno y uso de todas las aguas y baños minerales de España²²⁸, o la Real Orden de 27 de noviembre de 1858 sobre la industria hotelera, aparece la preocupación por la satisfacción del turista como objetivo fundamental.

Se puede indicar, por consiguiente, que la calidad turística no es un concepto moderno, aparecido recientemente en la legislación turística, sino que es un principio que ha estado siempre unido a la esencia misma del turismo entendido como servicio prestado a usuarios. La necesidad de ofertar unos servicios turísticos de calidad aparece con la idea misma del turismo moderno y se mantiene a lo largo de toda la historia de la legislación turística. Y se percibe, desde los orígenes mismos del turismo, como algo necesario e imprescindible para la propia existencia del sector. De esta forma, ha de considerarse a la calidad como un elemento indispensable, consustancial, a la idea misma de turismo.

Cuestión diferente es que este concepto de calidad haya evolucionado a lo largo de la historia. No es necesario realizar un gran esfuerzo intelectual para comprender que lo que hace 100 o 50 años era considerado un servicio de calidad, hoy no lo sea. Y es que, como es fácilmente comprensible, los gustos de los turistas cambian según la concepción que se tenga en cada momento. O según las modas. Lo cierto es que, como digo, el concepto de calidad de los servicios turísticos, medida según la satisfacción de

²²⁸ Debe recordarse que según Ana MORENO GARRIDO, *Historia del turismo en España en el siglo XX*, cit. pág. 24, las primeras manifestaciones del turismo moderno, están muy relacionadas con el fenómeno del termalismo.

los usuarios, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Y es aquí donde ha radicado el secreto del éxito de muchos establecimientos turísticos, que han sabido adaptarse a lo que el turista exigía en cada momento. Porque, de lo que no cabe duda es que la calidad del turismo implica la satisfacción absoluta de todas y cada una de las necesidades del usuario y en unas condiciones determinadas. No de cualquier manera²²⁹.

3.2.2.- Evolución del concepto

Ya he dejado apuntado más arriba que pese a que el concepto de calidad turística ha estado presente en toda la historia de la legislación moderna, este ha ido evolucionando a lo largo del tiempo

En un primer momento de la historia del turismo moderno, la calidad turística estaba más relacionada con la necesidad de garantizar una confortabilidad mínima a los usuarios que con otras cuestiones. Hay que tener en cuenta que los desplazamientos se hacían a caballo, en incómodas diligencias o en trenes y barcos rudimentarios²³⁰. Como regla general, además, los domicilios no dispusieron de baños propios hasta bien entrado el siglo XX, con lo que una habitación de hotel con baño individual era considerado como un rasgo indudable de calidad.

Cuando a mediados del siglo pasado el turismo se convierte en un fenómeno masificado, la concepción de la calidad turística va evolucionando. Lo importante ya no

²²⁹ Según MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, 2011, pág. 101, la calidad turística significa satisfacer las necesidades y aspiraciones del cliente con amabilidad, prontitud, eficacia, a costes moderados. La calidad tiene un objetivo: responder a las expectativas del cliente, y una forma de conseguirlo: hacer las cosas bien, utilizando de forma racional los medios disponibles. Así planteada, la calidad de un servicio no es sino un proceso de mejora orientado hacia el cliente”

²³⁰ En este sentido, cabe llamar la atención sobre lo que manifiesta George SAND, *Un invierno en Mallorca*, cit., pág. 19, sobre las incomodidades de los viajes en aquella época “Hoy por hoy no puedo, en conciencia, recomendar ese viaje más que a los artistas de cuerpo robusto y de espíritu apasionado. Tiempo vendrá, sin duda, en que los aficionados más delicados y hasta la mujeres hermosas podrán ir a Palma sin mayor fatiga y molesta que a Ginebra.

será desplazarse cómodamente a los destinos turísticos, ni tener habitaciones con baño individual, etcétera, sino asegurarse el disfrute de unos días de sol y playa en las costa, preferentemente, además, durante el mes de agosto. Este es el concepto de turismo durante los años sesenta y gran parte de los setenta. La calidad, entonces, era apreciada de manera diferente. Lo relevante era estar, independientemente de las circunstancias del lugar, alojamiento, etcétera.

Pero el ser humano evoluciona. Y también sus gustos. Así, con el tiempo, el turista ya no busca compartir su tiempo de ocio con miles de personas en el mismo paraje. Prefiere buscar experiencias únicas, paisajes especiales, ciudades perdidas, etcétera. En definitiva, una experiencia única e irrepetible. Esta idea se aproxima más al concepto de calidad turística que rige en nuestros días.

Igual que ha evolucionado el concepto de calidad turística, cambia, igualmente, la preocupación de los poderes públicos por garantizar esa calidad²³¹. En un primer momento, la Administración turística muestra preocupación por garantizar una comodidad mínima a los usuarios de los servicios turísticos. Con la masificación, la Administración turística pretende garantizar una oferta que responda a la creciente demanda, sin tener en cuenta otras circunstancias que, en ese momento, no eran demandadas por los turistas. Pero la calidad vuelve a evolucionar, como ya he indicado, y los gustos cambian, por lo que la Administración ha de preocuparse por garantizar a los usuarios una experiencia única, no masificada, basada en un medio ambiente o un patrimonio cultural adecuado²³².

De acuerdo con lo anterior, se podría hablar de tres periodos diferentes en la evolución del concepto de calidad turística:

²³¹ No se debe olvidar que, en definitiva, el Derecho trata de dar respuesta a determinadas demandas sociales, con más o menos éxito.

²³² No se debe olvidar que pese a que el medio ambiente, el patrimonio cultural y etnológico son bienes jurídicos objeto de protección por su misma naturaleza, son, además, recursos turísticos que pueden generar importantes corrientes turísticas.

- Las primeras manifestaciones del turismo moderno allá por el siglo XIX.
- El denominado boom turístico La masificación de mediados del siglo XX.
- La aprobación de las primeras normas turísticas autonómicas.

Así, se puede indicar que la evolución del concepto de calidad coincide con los tres grandes periodos a los que he hecho referencia más arriba para analizar la evolución de la legislación turística. Se puede concluir, por consiguiente, que el cambio de rumbo en la legislación turística ha venido motivado, en mayor o menor medida, por un cambio del concepto de calidad.

Lo que quiere ponerse de manifiesto, en definitiva, es que el concepto de calidad no ha sido igual en toda la historia del turismo moderno, sino que ha evolucionado en función de la percepción objetiva de los turistas. En la misma medida, ha evolucionado la legislación y política turística puesta al servicio de esa calidad. En efecto, durante los años sesenta del siglo pasado, la calidad percibida por los turistas, fundamentada en el sol y playa, era diferente a la de hoy día. Y en esa medida respondieron los Poderes Públicos²³³. Sin embargo, tal y como ya he puesto de manifiesto más arriba, la Constitución Española determinó el comienzo del cambio social en nuestro país. Y, probablemente, supuso también un cambio de imagen en los países emisores de turistas hacia nuestro país. Ya no sería la pintoresca España, aquella de bajos precios, sino un Estado Democrático y de Derecho, con el reconocimiento de una serie de principios rectores de la política social y económica entre los que se encuentra la protección del medio ambiente (artículo 45 de la Constitución), la protección de los consumidores y usuarios (artículo 51 de la Norma Fundamental), y, algo que parece haberse olvidado en

²³³ En este sentido se pronuncia el profesor José TUDELA ARANDA al buscar las razones del cambio del exitoso modelo del turismo de “sol y playa”. En, TUDELA ARANDA, J., “La organización administrativa del Turismo”, GARCÍA MACHO, R., RECALDE CASTELLS, A. y PETIT LAVALL, V, *Lecciones del Derecho del Turismo*, cit., pág. 43. “La razón habría que buscarla en el muy significativo cambio social acaecido en España en los últimos años. Relevante transformación en los gustos y valores sociales”.

los últimos tiempos en algunas regiones, la promoción de una “adecuada utilización del ocio” como elemento del derecho a la salud (artículo 43.3, *in fine*) que tienen que fomentar los poderes públicos²³⁴.

De lo que no cabe duda, en mi opinión, es que el concepto de calidad turística, en sus diferentes manifestaciones, ha estado presente en los legisladores y autoridades turísticas desde los primeros momentos. Con diferente intensidad en función de la época concreta y de la demanda de la sociedad.

3.2.3.- Concepto de calidad turística desde una perspectiva jurídica.

Intentaré ahora aproximarme, desde una perspectiva jurídica, al concepto de calidad turística. Me interesa sobre todo analizar qué es esa calidad turística y en qué medida los poderes públicos han de garantizarla. Mediante el dictado de la legislación correspondiente y, también, mediante la adecuada actuación administrativa.

Debo comenzar indicando que estamos ante un concepto muy complejo. Así, puede llegar a ser interpretado en cinco diferentes claves por los agentes presentes en su sistematización:

- Características tangibles de un producto o servicios;
- Calidad como sinónimo de excelencia;

²³⁴ Me refiero en concreto a la construcción de ciudades-casino. Cabe plantearse, desde luego, si la promoción de estas ciudades por los Gobiernos de algunas comunidades autónomas, no estará vulnerando este principio rector de la política social y económica (que como es sabido, debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Véase, en este sentido el artículo del profesor Fernando LOPEZ RAMÓN, “Ciudades privadas para el juego”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012, págs. 11 a 14.

- Aspectos organizativos que aseguran la consistencia en la prestación y la ausencia de deficiencias;
- Generación de valor añadido y, naturalmente;
- Grado de satisfacción del cliente²³⁵.

Y se debe señalar, además, que todos ellos son relevantes desde un punto de vista jurídico-administrativo y, por consiguiente, cuando una norma jurídica está refiriéndose a la exigencia de garantizar un servicio turístico de calidad, se refiere a todo lo anterior.

No obstante, lo más relevante parece la percepción que del servicio prestado haya recibido el turista²³⁶. Pero no la percepción sobre un determinado servicio individualmente considerado, sino sobre el servicio turístico en general, es decir, la vivencia turística. Así, la calidad puede ser considerada como la “comparación entre expectativas y resultados percibidos por el consumidor. La calidad es considerada como un juicio conjunto hecho por el consumidor atendiendo a la excelencia o superioridad global del servicio”²³⁷.

También la OMT ha dado una definición de calidad turística, donde incluye, además, determinado elementos relacionados con el precio, la seguridad, la salud, etcétera. Para esta Organización la calidad sería: “el resultado de un proceso que implica

²³⁵ GORGA, V., “Una aproximación a la calidad turística en el plano internacional”, *Estudios Turísticos*, núm. 139, 1999, pág. 36.

²³⁶ SOLA TEYSSIERE, J., *Ordenación territorial y urbanismo de las zonas turísticas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, Pág. 19. VISIÓN GLOBAL DEL TURISMO. Los servicios ofrecidos al turista no son un fin en sí mismo, sino un medio a través del cual el turista consigue su satisfacción global a su experiencia. Y pág. 36. “Los servicios ofrecidos al turista no son el fin en sí mismo, sino un medio a través del cual el turista consigue su satisfacción global a su experiencia [...] La valoración de la calidad que, sobre un determinado producto mantienen los turistas se remite directamente a la vivencia global que hayan experimentado en relación con el conjunto del destino turístico”

²³⁷ GONZÁLEZ MORANTE, A., SÁNCHEZ GARCÍA, I. y SANZ BLAS, S., “La imagen como factor clave del comportamiento del turista”, *Estudios Turísticos*, núm. 165, 2005, pág. 60

la satisfacción de todas las necesidades y expectativas legítimas del consumidor respecto a los productos y servicios demandados, a un precio aceptable, de conformidad con los determinantes subyacentes de calidad, como la salud y seguridad, higiene, accesibilidad, transparencia, autenticidad y armonía de la actividad turística considerada con su entorno humano y natural”²³⁸. En esta definición se vuelve a poner de manifiesto la complejidad del concepto

Sin embargo, en nuestro país, pese a que todas las leyes turísticas autonómicas se refieren en mayor o menor medida a la necesidad de garantizar la calidad turística, ninguna define lo que esta sea, es decir, no se establece claramente su contenido. Quizás porque se considera sobreentendido. Pero, en mi opinión, los legisladores deberían haber hecho un esfuerzo deductivo y concretar lo que, para ellos, es la calidad turística. Teniendo en cuenta, además, los numerosos estudios existentes en la materia.

Desde luego que, jurídicamente, **la calidad turística puede ser calificada como un principio general del Derecho** que, no solo se aplica como fuente de tercer grado, sino como elemento informador de todo el ordenamiento jurídico turístico²³⁹. En este sentido, y siguiendo a BLANCO HERRANZ, F. J., se puede decir que existen una serie de principios generales propios del Derecho del turismo entre los que, sin duda, se debe contar a la calidad turística²⁴⁰. Y este principio general turístico, “se convierte en

²³⁸ MOLINA DEL POZO, C.F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, cit., pág. 467.

²³⁹ Artículo 1.7 del Código Civil.

²⁴⁰ BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, cit., pág. 109, “Resulta plenamente oportuno, en nuestra opinión, reconocer junto a los grandes principios generales del Derecho otros propios de otros sectores del ordenamiento jurídico que sirven de referencia a la regulación de una determinada institución jurídica, participando de una virtualidad mediata informadora y fundadora de dicho ordenamiento. Por ello, adquiere indudable interés reflexionar sobre los principios generales del Derecho del Turismo, puesto que se trata de llegar a determinar cuáles son los fundamentos reales y la esencia del actual ordenamiento turístico español, que vertebrará y ordena globalmente una actividad de tanta transcendencia económica, ambiental y social en nuestro ámbito”. Pág. 111, “los principios generales del derecho del turismo serían aquellos pilares básicos que soportan, por sus características singulares y proyección externa, la arquitectura del sistema normativo turístico y que, de alguna manera, expresan cuales son las convicciones, los valores fundamentales, las aspiraciones más altas de la comunidad política en dicha materia y en un momento cronológico determinado de su organización y convivencia. Dicho en otros términos: estos principios serán los elementos centrales del discurso político, social y económico vigente en un momento y ámbito territorial determinado sobre la

parámetro necesarios en la actuación tanto de los poderes públicos como del resto de sujetos que interviene en la actividad turística”²⁴¹. Esto implica **que todos y cada uno de los sujetos que intervienen en el sector turístico deben tener en cuenta este principio a la hora de llevar a cabo la correspondiente actividad**. Así, el legislador, a la hora de aprobar las leyes; la Administración, cuando aprueba sus normas, fomenta actuaciones o controla las actividades turísticas de los particulares. Pero también las propias empresas y profesionales del sector deberían aplicar este principio cuando prestan servicios turísticos.

En definitiva, **la calidad no es algo que se puede improvisar. Exige una adecuada actuación de todos y cada uno de los sujetos implicados a los que me acabo de referir. Una densidad normativa determinada, legal y reglamentaria**²⁴². **Una actuación de la Administración pública eficaz y eficiente, para lo que deberá contar con los instrumentos jurídicos adecuados. Y, no menos importante, una necesaria concienciación de los prestadores de servicios sobre la relevancia de la calidad.**

Y es que, como muy adecuadamente indica el profesor TUDELA ARANDA, “la calidad no es barata ni sencilla de obtener y la tentación de renunciar a ella es excesiva. Si por calidad se ha de entender que la oferta turística, y por tanto, los recursos turísticos, han de satisfacer las exigencias que han levantado en los turistas, el poder habrá de promover las medidas necesarias para que esa oferta se adecue a las

actividad turística, o los puntos básicos del acuerdo social sobre el turismo y su desarrollo que fundamentan las estrategias centrales de las respectivas administraciones y agentes turísticos al constituirse a su vez en elementos clave de la organización turística española.

²⁴¹ BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, cit., pág. 139, “Los principios generales que se deducen del análisis normativo efectuado, que se singularizan nítidamente esta tipología y se convierten en parámetros necesarios en la actuación tanto de los poderes públicos como del resto de sujetos que interviene en la actividad turística, se reduce a los cuatro vectores siguientes: cooperación, competitividad y calidad; desarrollo sostenible y protección del usuario”

²⁴² El profesor José TUDELA ARANDA. “La problemática jurídica de la calidad turística”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 23, 2003, pág. 135., pone de manifiesto la íntima relación existente entre “la búsqueda de un turismo de calidad y la existencia de un conjunto normativo que traduzca adecuadamente ese interés”

expectativas levantadas por su publicidad y a los valores sociales vigentes [...] Pero el cumplimiento de las condiciones de calidad exigirá del poder algo más medidas de fomento. Exigirá una inteligente articulación de la política pública y el establecimiento de las correspondientes medidas de control e inspección”²⁴³.

Parece claro, por tanto, que para garantizar unos niveles adecuados y competitivos de calidad turística, no es suficiente con dejar establecido este concepto como principio general del Derecho y esperar que todos los sujetos implicados, públicos y privados, lo cumplan voluntariamente. Es necesario, además, “promover las condiciones” para que ese principio se haga efectivo y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su realización”²⁴⁴. Y esta es una labor conjunta de todos los Poderes públicos en cumplimiento de sus funciones constitucionales. Así, a la Administración le corresponde regular, fomentar y controlar. Es decir, una posición activa. En conclusión, si queremos basar nuestro modelo turístico en una calidad determinada: “Una consecuencia ineludible será el incremento del intervencionismo administrativo con clara finalidad de garantizar que las expectativas del turista no van a verse defraudadas [...] porque el poder es consciente de que no puede dejar el cumplimiento de las exigencias de calidad en manos de los particulares”²⁴⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, **no puede entenderse que se defienda un determinado modelo de turismo basado en una alta calidad, por un lado, y por otro se promueva una liberalización del sector, con efectos desreguladores y disminución de la intervención administrativa.** Desde luego que hay que revisar los medios de intervención administrativa. Modernizar los sistemas de control, fomentar la utilización de la Administración electrónica, reducir los costes de acceso a las

²⁴³ José TUDELA ARANDA, “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 217.

²⁴⁴ Me permito aquí, con todo respeto y humildad, utilizar las palabras de la Constitución Española en su artículo 9.2.

²⁴⁵ TUDELA ARANDA, “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 216 y 217.

actividades, etcétera. Pero ello no puede pasar, como parece que está ocurriendo, por disminuir el protagonismo de la Administración.

3.2.4.- La calidad turística como razón imperiosa de interés general

No quiere terminar el epígrafe dedicado a este concepto, sin referirme a la necesidad de considerarlo como razón imperiosa de interés general.

Si perjuicio de que me refiera a ello de forma más detallada en otro lugar de este trabajo, el de razón imperiosa de interés general es un concepto clave en la nueva configuración del Derecho Administrativo que se impone desde la Unión Europea. Al menos en lo que se refiere al sector económico de los servicios. La Directiva Servicios, norma revolucionaria en este sentido, junto con las leyes y demás normas de transposición, han procedido a eliminar de manera sistemática los regímenes de control previo sustituyéndolos por controles posteriores, permitiendo a los Estados miembros mantener las autorizaciones y licencias solo cuando, entre otras circunstancias (no discriminación y proporcionalidad), vengán justificados por una razón imperiosa de interés general.

Pues bien, la lista de razones imperiosas de interés general viene recogida en el artículo 4.11 de la Directiva y, según su redacción, tiene carácter abierto²⁴⁶. Por lo que **no habría ningún inconveniente, desde el punto de vista jurídico, para que los Estados miembros calificaran este concepto de calidad turística como una razón imperiosa de interés general.** En función de la importancia que para la Economía

²⁴⁶ “Razón imperiosa de interés general”, razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural; Además, el considerando 40 de la Directiva recalca su carácter abierto indicando que el concepto puede seguir evolucionando.

nacional tuviera este sector económico²⁴⁷. El único que podría determinar si la utilización de este concepto como razón imperiosa de interés general se ajusta a los parámetros de Derecho comunitario sería el Tribunal de Justicia de la Unión. Pero, *a priori*, no debería existir ningún problema para que los Estados miembros utilizarasen este concepto para justificar intervenciones previas en el sector turístico.

En España, sin embargo, en un incomprensible intento de ir más allá en la interpretación de la Directiva, el concepto de razón imperiosa se ha convertido, por obra del legislador nacional²⁴⁸, en un concepto cerrado, sin posibilidad de evolucionar. En clara contradicción, además, con la propia Directiva que permite, con muy buen criterio, que las razones imperiosas vayan evolucionando en función de las necesidades sociales de cada momento²⁴⁹. Bajo la atenta mirada, en cualquier caso, del Tribunal de Justicia.

Pero, en mi opinión, **el legislador estatal no puede impedir que en una materia de competencia exclusiva autonómica, las comunidades autónomas consideren otras razones imperiosas de interés general distintas de las fijadas en la Ley estatal.** Pese a que esta tenga carácter básico. De otra forma se estarían vaciando las competencias autonómicas en materia turística. **Y dada la importancia del turismo como elemento esencial de la economía para una gran parte de las regiones, no**

²⁴⁷ Me he referido más arriba a que la Unión Europea no tiene competencia en materia turística, pese a que es el primer destino turístico mundial y se quiere fomentar la competitividad turística. Sería lógico por tanto que, llegado el momento, fuese la propia Unión la que, ya con claras competencias en materia turística, determinase que la calidad es una razón imperiosa de interés general que justifica el control administrativo de carácter previo. Sobre la importancia de la calidad turística para el turismo de la Unión Europea puede verse MOLINA DEL POZO, C.F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, cit., pág. 467, El segundo principio de ordenación turística es el del desarrollo de la calidad del turismo. En concreto, “todo el futuro del turismo europeo depende de la calidad de la experiencia turística.

²⁴⁸ Artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece, por su parte, que: 11. Razón imperiosa de interés general : razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

²⁴⁹ Así lo establece, según he indicado más arriba, el considerando 40 de la Directiva

habría inconveniente, según entiendo, en que estas recogiesen la calidad como una razón imperiosa de interés general que justificase la intervención administrativa con carácter previo en el sector turístico. Eso sí, mediante una norma con rango de Ley, para garantizar el principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.

Se puede citar, como ejemplo paradigmático en este sentido, el caso de Aragón, en cuyo Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón, que dedica el artículo 26 a establecer tres supuestos en los que se mantiene la autorización turística: apertura de complejos turísticos, turismo activo y apertura de alojamientos turísticos al aire libre ubicados en terrenos que se hallen en situación de suelo rural. En los mencionados supuestos, dichas autorizaciones se amparan en razones imperiosas de interés general tales como: la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del patrimonio cultural y el mantenimiento de Aragón como destino turístico integral como factor decisivo para el desarrollo de la política turística de la Comunidad Autónoma.

*3.3.- El desarrollo sostenible del turismo*²⁵⁰

Antes de comenzar a analizar más en profundidad de este concepto, es necesario aclarar una serie de cuestiones con carácter previo.

En el epígrafe anterior se ha analizado la calidad turística como un concepto subjetivo, es decir, que depende en gran medida (si no en toda) de la percepción que

²⁵⁰ BRINCKMANN, W. E., BRINCKMANN, M. N. y MUELLER, D. C., “Desarrollo, complejidad y turismo sostenible. El uso del territorio frente a los retos del siglo XXI, *Papeles de Geografía*, núm. 51-52, 2010, pág. 194, “El turismo fue uno de los primeros campos en los que se comenzó a aplicar el paradigma del desarrollo sostenible, una serie de hitos o fechas históricas dan muestra de estos aspectos. Según documentos analizados (1972-2009), es teóricamente posible asumir, que el turismo (local, solidario, comunitario) podría ser una alternativa viable para promover el desarrollo siempre y cuando fuera realizado desde las demandas de la comunidad y dándole como retorno los beneficios que este movimiento/actividad genera”

haya tenido el propio turista. Y he tenido ocasión de señalar, además, que esa percepción subjetiva ha evolucionado a lo largo de la historia del turismo. De tal forma que lo que a principios o mediados del siglo pasado era considerado turismo de calidad, hoy no nos parece que se pueda calificar así.

Y señalo esto porque quiero poner de manifiesto que aunque hoy la calidad turística está íntimamente relacionada con un desarrollo sostenible del turismo, aquella y esta no tienen por qué coincidir siempre. Ni siquiera, como se verá, en la actualidad.

Tal y como he explicado en el epígrafe anterior, a mediados del siglo XX, en la época del *boom* turístico en España, los turistas veían satisfechas todas sus expectativas disfrutando de un turismo de sol y playa. Incluso las aglomeraciones de personas formaban parte de una experiencia satisfactoria para un turista de los años sesenta. Aquí podemos ver claramente como calidad y desarrollo turístico sostenible no tienen por qué ser coincidentes.

Incluso en la actualidad, existen modelos turísticos que, pese a garantizar una altísima calidad y satisfacer completamente las expectativas del turista, no pueden ser calificados como sostenibles. Pensemos en aquellos hoteles “resort” que ofrecen el denominado “todo incluido” situados en países subdesarrollados o en vías de desarrollo y que intentan mantener una total separación entre los turistas y los residentes. Llegando incluso a prohibir la entrada de estos a los hoteles. Y sin embargo, ofrecen unos servicios turísticos que pueden ser calificados de altísima calidad. Pues bien, según entiendo, estos hoteles ofrecen unos servicios de indudable calidad, y satisfacen todas las necesidades del turista, repito, pero no pueden ser calificados como turismo sostenible porque, como explicaré a continuación, este ha de tener otras características²⁵¹.

²⁵¹ GARCÍA SAURA, P. J. *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio ambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 56, “Un claro ejemplo de turismo insostenible es la proliferación de instalaciones turísticas donde se aplica el sistema de todo incluido ya que el turista no

Lo que quiero poner de manifiesto, en definitiva, es que calidad turística y desarrollo turístico sostenible, pese a ser conceptos muy relacionados, no tienen por qué coincidir. El primero es un término muy subjetivo, depende de la percepción del individuo. El segundo, sin embargo, es más objetivo.

Lo ideal, por consiguiente, en mi opinión, sería alcanzar una total identidad entre calidad turística y desarrollo turístico sostenible. Es decir, que las expectativas de los clientes fuesen satisfechas por unos servicios turísticos que cumpliesen los parámetros de sostenibilidad. Pero esta es una cuestión más relacionada, entiendo, con la educación que con el Derecho. Si el turista demanda un servicio turístico que no cumple los parámetros de sostenibilidad, existirá, sin duda, una oferta de turismo no sostenible. Porque el objetivo de las empresas y profesionales del sector no es ofrecer unos servicios turísticos sostenibles, sino acaparar la mayor cantidad de demanda posible y maximizar los beneficios (y de forma legítima, además). Si la demanda reclama un turismo que no cumple criterios de sostenibilidad, la oferta será igualmente desacorde con un modelo sostenible y, por consiguiente el modelo de turismo será insostenible. Sin embargo, si los turistas reclaman unos servicios turísticos que cumplen criterios de sostenibilidad, la oferta será sostenible y también el modelo general.

3.3.1.- Orígenes y evolución del concepto de desarrollo sostenible.

El origen oficial del concepto de desarrollo sostenible²⁵² podemos establecerlo con exactitud: el 20 de marzo de 1987, cuando se presenta el denominado informe

necesita salir del establecimiento, por lo que la comunidad local vive totalmente a espaldas del desarrollo turístico y a la riqueza que este genera”.

²⁵² Para un análisis exhaustivo del concepto de desarrollo sostenible y su relación con el medio ambiente, véase la obra dirigida por el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS, *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Ed. Civitas, Madrid, 2002. En la misma línea, PIÑAR MAÑAS J. L., “El desarrollo sostenible como principio jurídico”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coord.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 185-204.

BRUNDTLAND²⁵³ o, como originalmente se denominó, “Informe sobre nuestro futuro común”. El informe se elabora por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente, a petición de la ONU, y en él se pone de manifiesto la imperiosa necesidad de cambiar nuestro modelo económico, hacerlo sostenible, es decir, que el consumo de los recursos naturales que haga nuestra generación, no comprometa a las generaciones futuras²⁵⁴. En definitiva, impedir un deterioro en el medio ambiente que comprometa en el futuro nuestra propia existencia en el planeta²⁵⁵.

La definición de desarrollo sostenible será, por consiguiente, aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.

Desde luego que en esta primera definición de desarrollo sostenible se está pensando, principalmente, en la protección del medio ambiente. Pero existen otros factores que han de tenerse igualmente en cuenta. Factores íntimamente relacionados con el entorno natural, pero que adquieren su propia autonomía. Por ejemplo, el factor social, la mejora de la calidad de vida de las poblaciones menos desarrolladas desde el

²⁵³ El informe toma su nombre de la presidenta de la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo, que lo elaboró para las Naciones Unidas, la doctora Gro Harlem Brundtland, que fue Primera Ministra de Noruega.

²⁵⁴ MOLINA DEL POZO, C. F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, cit., pág. 445, “La idea de sostenibilidad es bastante reciente. Pero su influencia ha sido inmensa tanto en el plano político, como en el social o en el científico. Fruto de eso es que hoy en día, tanto en el plano internacional (Naciones Unidas), como europeo, es necesario basarse en este principio de desarrollo sostenible para actuar en variados ámbitos de actividad, tales como, entre otros, los transportes, la construcción, la energía, o propiamente el turismo. Como ya hemos señalado, será el Informe Brundtland de 1987 al que define por primera vez el desarrollo sostenible. No obstante, este concepto será institucionalizado gracias a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, y ello especialmente a través de la Agenda 21. En concreto, a partir del referido Informe, será necesario integrar el medio ambiente y el desarrollo a nivel de las políticas de planificación y gestión. La respuesta será inmediata por parte de la Comunidad Internacional, pudiendo reseñarse de manera destacada al caso de la Unión Europea, la cual va a incluir, en el Tratado de Maastricht del mismo año, dentro de sus objetivos “promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible” (artículo B). Igualmente, el antiguo artículo G del Tratado de las Comunidades Europeas se transformó para incluir como misión de la Unión “promover (...) un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente”.

²⁵⁵ Se puede encontrar una versión completa del informe, en su idioma original, en <http://www.un-documents.net>

punto de vista económico, etcétera. Desde este punto de vista, se ha de poner de manifiesto que el concepto de desarrollo sostenible está en constante proceso de evolución²⁵⁶

A partir de este concepto de desarrollo sostenible, van a ir apareciendo, desde un punto de vista sectorial, otros conceptos sobre sostenibilidad. Así, en el ámbito turístico se habla de desarrollo turístico sostenible. Un concepto que, pese a haber pasado unos años desde que empezó a tomar carta de naturaleza, está hoy totalmente vigente y sigue evolucionando. De hecho, tal y como ya he tenido ocasión de señalar, se encuentra presente, con mayor o menor intensidad, en todas las leyes turísticas autonómicas, como objetivo al que han de tender las políticas públicas turísticas.

3.3.2.- Desarrollo sostenible y turismo en la actualidad.

Desde un punto de vista turístico, por desarrollo sostenible se puede entender un turismo que es “ambientalmente respetuoso, socialmente justo y económicamente viable”²⁵⁷. Y es que, como ya he tenido ocasión de indicar, el turismo “es más que un simple sector económico. No solo por la importancia de sus repercusiones sociales, sino también debido a su especial responsabilidad en las consecuencias que la actividad turística puede tener en los recursos sobre los que se basa”²⁵⁸. Este desarrollo sostenible del turismo²⁵⁹, como acabo de señalar, puede ser considerado como uno de los objetivos

²⁵⁶ RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, Ed. Septem, Oviedo, 2008, pág. 71, “Algunos autores como LLARKE o HUNTER, piensan que el concepto de desarrollo sostenible está evolucionando”.

²⁵⁷ GARCÍA SAURA, P. J. *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio ambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 147. En el mismo sentido se pronuncia RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., 2008, pág. 9, donde se clasifica las consecuencias que la actividad turística tiene sobre los destinos y comunidades receptoras en tres tipos: socioculturales, económicas y ambientales”.

²⁵⁸ GARCÍA SAURA, P. J. *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio ambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 147.

²⁵⁹ Según la profesora Alba NOGUEIRA LÓPEZ, “La ordenación del territorio y los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 184, “El

esenciales de toda ley y norma turística así como de las políticas públicas diseñadas por los Gobiernos competentes en la materia²⁶⁰.

El desarrollo turístico sostenible puede ser calificado, según la Carta de Turismo Sostenible de 1995, firmada en Lanzarote, como “aquel que atiende a las necesidades turísticas actuales y de las regiones receptoras y, al mismo tiempo, fomenta y protege las oportunidades para el futuro²⁶¹. Junto a esta Carta cabe mencionar otros instrumentos internacionales que fomentan esta idea de turismo sostenible. Así, en 1999, la Conferencia Internacional sobre Turismo y Desarrollo Sostenible en el Mediterráneo; en el 2000 el Seminario de Turismo y Desarrollo Sostenible y Competitividad en las Islas del Mediterráneo; en el 2002, Año internacional del ecoturismo; 2003, se constituyó el Comité de Ética Turística (CEMT), entre otras muchas acciones²⁶². De manera más exhaustiva, la OMT definió el desarrollo sostenible basándose en la idea del informe BRUNDTLAND como “el desarrollo del turismo sostenible que satisface las necesidades de los turistas y regiones anfitrionas presentes al mismo tiempo que protege y mejora las oportunidades de futuro. Está enfocado hacia una gestión de todos los recursos de tal forma que satisfagan todas las necesidades económicas sociales y estéticas al tiempo que respeta la integridad cultural, los procesos ecológicos esenciales, la diversidad biológica y los sistemas de apoyo a la vida”²⁶³

desarrollo turístico sostenible vendría a ser la actividad turística planificada de acuerdo con unos criterios de respeto tanto a valores culturales, ambientales y sociales como de aprovechamiento económico que no agote los recursos turísticos y redunde en beneficio de la sociedad que atrae ese movimiento turístico”.

²⁶⁰ BLANCO HERRANZ, F. J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, en *El Derecho del Turismo en el Estado Autónimo: una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, cit., pág. 140, “La sostenibilidad constituye en el Derecho del Turismo español un principio general de carácter finalista, de referencia para el desarrollo de cualquier actividad turística y es un concepto básico inspirador de las normas legales autonómicas y parámetro fundamental de este tipo de normas.”

²⁶¹ RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., pág. 65.

²⁶² VÁZQUEZ VARELA, C., y MARTÍN GIL, F., “Problemas de sostenibilidad del turismo rural en España”, *Anales de Geografía*, 2011, vol. 31, núm. 1, 171-174

²⁶³ FULLANA, P. y AYUSO, S., *Turismo sostenible*, Ed. Rubes, Barcelona, 2002, pág. 30.

Estamos, por consiguiente, ante un modelo concreto de desarrollo turístico. Pensado no solo para maximizar el rendimiento económico de las empresas y profesionales del sector, sino también para proteger los recursos naturales donde se desarrolla y la población residente. Un modelo de turismo que ha de determinar con precisión la **capacidad de carga**, concepto clave al que dedicaré un epígrafe específico y que constituye poco menos que la base de la sostenibilidad turística. Y es que, la capacidad de carga implica el número máximo de turistas que un espacio físico determinado puede soportar sin que el entorno natural y social se vea negativamente afectado.

Y para garantizar la adecuada capacidad de carga de un determinado espacio, no queda más remedio que la Administración pública correspondiente lleve a cabo una limitación de la oferta y la demanda. Un encauzamiento de la actividad turística de los particulares que, además, ha de realizarse con carácter previo mediante actividades administrativas de planificación y limitación²⁶⁴. **No se puede controlar de forma eficaz la capacidad de carga con instrumentos administrativos *ex post* como los que impone la Directiva Servicios.** La sostenibilidad turística, es decir, la protección del medio natural y social solo se puede alcanzar con medios de carácter preventivo. Es decir, con autorizaciones y licencias.

Otro de los elementos esenciales para hablar de sostenibilidad turística es el referido a la necesaria calidad de los servicios turísticos. Sin una adecuada calidad que satisfaga a los turistas, no se puede hablar de desarrollo turísticos sostenible ya que resultaría económicamente inviable²⁶⁵. Y es que “el turismo sostenible debe respetar también un alto grado de satisfacción a los turistas y representar para ellos una

²⁶⁴ RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., pág. 69, “En el mundo real, el turismo es un fenómeno de masas, que responde a necesidades reales y creadas, y que cada vez tendrá más importancia, por el aumento del nivel de renta y del tiempo libre, y además, las poblaciones afectadas necesitan fuentes de ingresos y empleo. Conviene encauzarlo y regularlo con el fin de reducir sus impactos globales”.

²⁶⁵ RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., pág. 69, “El desarrollo turístico debe ser sostenible a largo plazo, viable económicamente y equitativo desde una perspectiva ética y social para las comunidades sociales.

experiencia significativa que los haga más conscientes de los problemas de sostenibilidad y fomenten en ellos prácticas turísticas sostenibles”²⁶⁶.

Pero debe ser un turismo de calidad en función de los criterios del nuevo perfil del turista “cada vez más exigente en la búsqueda de experiencias de ocio en entornos lúdicos singulares y de calidad y diferentes a los que pueda encontrar en su propio entorno urbano”²⁶⁷.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de mencionar con lo manifestado más arriba, se puede llegar a la siguiente conclusión: **Si un turismo de alta calidad puede llegar a ser considerado insostenible, un desarrollo turístico sostenible requiere siempre unos servicios de alta calidad. Pero, en este caso, de una calidad determinada, una calidad que incluye no solo la satisfacción del cliente, sino también la preocupación por el entorno ambiental y social donde se desenvuelve además de ser viable desde un punto de vista económico. Es decir, se refiere a una calidad muy específica que responde a las necesidades de un tipo muy determinado de turista. En definitiva, un turista concienciado.**

Solo a esta calidad responde el desarrollo sostenible del turismo. La calidad que cumple las expectativas de los que pueden ser denominados turistas concienciados. Y es que, no puede haber ninguna duda de que “El futuro del turismo europeo depende de la calidad de la experiencia turística: los turistas se darán cuenta de que en los lugares en que se preocupan del entorno, tanto los empleados como las comunidades locales son

²⁶⁶ RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., pág. 68.

²⁶⁷ RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., pág. 161.

más propensos a ocuparse también de ellos”²⁶⁸. La competitividad, por tanto, depende en gran medida de la sostenibilidad.

Además, en íntima relación con esta idea, hay que tener en cuenta que “La gestión sostenible de destinos es un aspecto vital para el desarrollo turístico, especialmente por medio de un control eficaz del desarrollo y de la planificación territorial y de los usos del suelo, así como a través de las inversiones en infraestructuras y servicios”²⁶⁹. Teniendo en cuenta esto, la política europea sobre liberalización de los servicios, encaminada a reducir la presencia de las Administraciones públicas en el sector así como las inversiones en infraestructuras, no tendría, en mi opinión, demasiado sentido.

La política turística y la intervención administrativa en el sector han de girar en torno a esta idea de sostenibilidad. Y para ello será necesario dotar a las Administraciones de los medios eficaces y adecuados para alcanzar los correspondientes objetivos²⁷⁰.

3.4.- Turismo y medio ambiente. La capacidad de carga del territorio.

²⁶⁸ Comunicación de la Comisión. Una nueva política turística de la UE: hacia una mayor colaboración en el turismo europeo. Bruselas 17.3.2006 COM (2006) 134 final. Revista Andaluza del Derecho del Turismo, núm. 1, 2009, pág. 194.

²⁶⁹ Comunicación de la Comisión. Una nueva política turística de la UE: hacia una mayor colaboración en el turismo europeo. Bruselas 17.3.2006 COM (2006) 134 final. Revista Andaluza del Derecho del Turismo, núm. 1, 2009, pág. 197.

²⁷⁰ VILLANUEVA CUEVAS, A., “La necesidad de una nueva perspectiva de regulación en la legislación autonómica en materia de turismo”, cit., pág. 6-7. “la regulación puramente economicista del mismo para entender el turismo como un conjunto complejo de situaciones jurídicas, económicas y sociales, en el cual la sostenibilidad y calidad de nuestro modelo de desarrollo turístico sea el criterio vertebrador de la intervención administrativa, lo que actualmente no se encuentra adecuadamente resuelto por la legislación autonómica vigente en la materia.

A este concepto ya nos hemos referido de forma breve más arriba. Y, sin duda, nos dedicaremos a él más adelante, pues se trata de un concepto que va a ser determinante para justificar las intervenciones previas de la Administración en el sector turístico pese a lo que establece la Directiva Servicios.

Por capacidad de carga²⁷¹ hemos de entender “el máximo número de personas que pueden visitar un lugar al mismo tiempo sin causar daños físicos, económicos, socioculturales o ambientales, así como un inaceptable descenso de la satisfacción de los visitantes”²⁷². Por lo tanto, si bien es cierto que el origen del concepto “capacidad de carga” estaba relacionado con la preservación del entorno natural, actualmente se ha superado esa visión y se entiende que la capacidad de carga se refiere no solo a los posibles daños ambientales, sino también a los culturales, sociales y económicos²⁷³.

Es decir, desarrollo sostenible del turismo y capacidad de carga son conceptos muy relacionados²⁷⁴. De tal forma que, para alcanzar un desarrollo turístico basado en

²⁷¹ Sobre el concepto de capacidad de carga, resulta especialmente interesante el trabajo de la profesora Aina SALOM PARETS, *Las limitaciones al crecimiento poblacional y espacial establecidas por la normativa territorial y urbanística*, Ed. Instituto Nacional de Administración pública, 2011, págs. 309 y siguientes.

²⁷² GARCÍA SAURA, P. J. *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio ambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 140.

²⁷³ O'REILLY, A. M., “Tourism carrying capacity: concept and issues”, *Tourist Management*, vol. 7, 1986, págs.,254-258, establece varias definiciones de capacidad de carga:

- Capacidad de carga física: límites, bien con relación a la capacidad del sistema productivo de suministrar servicios turísticos, o bien con relación a la capacidad de un área de absorber turistas.
- Capacidad de carga psicológica o de percepción; límites en relación a la satisfacción del visitante.
- Capacidad de carga social: límites basados en la tolerancia de los habitantes respecto de los visitantes.
- Capacidad de carga económica: límites basados en el equilibrio entre beneficios económicos y los impactos negativos que genera la actividad turística sobre las economías locales.

²⁷⁴ TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, pág. 544, “Una política turística basada en una concepción cualitativa del mismo necesita de

criterios de sostenibilidad será necesario respetar las limitaciones sobre capacidad de carga de los destinos turísticos²⁷⁵. Pero ¿Cómo puede determinarse la capacidad de carga de un determinado territorio? Pues, a efectos turísticos, se puede utilizar el denominado Modelo BUTLER²⁷⁶ que implica que “los destinos tienen un límite en el volumen e intensidad de desarrollo turístico por encima del cual se vuelve insostenible y decae. La llamada capacidad de carga de un destino turístico es el máximo uso que se puede obtener de él sin que se causen efectos negativos sobre sus propios recursos biológicos y sin reducir la satisfacción de los visitantes, o sin que se produzca el efecto adverso de la sociedad receptora, la economía o la cultura del área”²⁷⁷. La capacidad de carga de los destinos turísticos será diferente, por tanto, en función de los criterios ambientales, sociales, económicos y culturales.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario determinar los instrumentos jurídicos necesarios para respetar la capacidad de carga de los destinos turísticos. Es decir, de qué manera se puede limitar la creación de oferta y demanda cuando la capacidad de carga de un destino está a punto de sobrepasarse o ha sido superada. Para ello resulta esencial llevar a cabo una adecuada planificación territorial del turismo, integrada, además, en la planificación global del territorio²⁷⁸. En definitiva, una

un entorno agradable y suficientemente protegido....la compatibilidad entre turismo y medio ambiente no es solo posible sino que es absolutamente necesaria”

²⁷⁵ GARCÍA SAURA, P.J., *Desarrollo sostenible y Turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 140, “Es necesario establecer la capacidad de carga para determinar el límite de turistas compatible con una oferta sostenible y acometer la ordenación turística en función de esta variable”.

²⁷⁶ BUTLER, R. W., *The concept of a tourist area cycle of evolution and implications for management*, The Canadian Geographer, 1980.

²⁷⁷ FULLANA, P. y AYUSO, S., *Turismo sostenible*, cit., pág. 31.

²⁷⁸ Así lo manifiesta el profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, en *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación del territorio*, cit., pág. 88, “El concepto de planificación integrada va a ser tan clave como el de desarrollo turístico sostenible. De hecho, vamos a plantear el concepto de planificación turística integrada como medio para alcanzar el desarrollo turístico sostenible. En el mismo sentido se pronuncia, MOLINA DEL POZO, C.F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, cit., pág. 469.-“Finalmente, mencionar que la ordenación territorial de los espacios turísticos debe hacerse mediante la aplicación del principio de capacidad de carga. En concreto, el objeto es conocer el punto a partir del que se puede comenzar a producir la congestión o estrangulamiento. El criterio está fijado por la Organización Mundial del Turismo: es el número máximo de personas que pueden visitar al tiempo un lugar turístico, sin dañar el

“ordenación territorial de limitación”, como ha denominado el profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, refiriéndose a todos aquellos instrumentos jurídicos que de alguna u otra forma tienden a limitar el crecimiento urbanístico de un territorio turístico²⁷⁹. En este sentido, cabe destacar las denominadas “zonas o áreas turísticas saturadas”, que impiden el establecimiento de nuevas instalaciones turísticas debido al desequilibrio entre la oferta y la demanda²⁸⁰.

Cabría también, por consiguiente, incluir aquí a aquellos instrumentos jurídicos que limitan la iniciativa económica de los particulares con carácter previo, es decir, las clásicas autorizaciones y licencias previas que han sido eliminadas, con carácter general, por la Directiva Servicios. Y sin embargo, eran (en algunas comunidades autónomas, como Aragón, aún se mantienen en algunos casos) un instrumento muy eficaz, en mi opinión, para garantizar una adecuada capacidad de carga en un determinado territorio, y por tanto, la conservación del entorno natural, cultural, económico y social. En definitiva, un medio adecuado para alcanzar un desarrollo sostenible del turismo²⁸¹.

Lo que no se logra entender es como las comunidades autónomas, en general, han procedido a eliminar de forma sistemática de sus ordenamientos turísticos las autorizaciones y licencias previas, como instrumentos esenciales para la consecución de un desarrollo turístico sostenible y el mantenimiento de una adecuada capacidad de carga. Y ello sin pararse a reflexionar, de manera sosegada, sobre la existencia de razones imperiosas de interés general (protección

medio físico, económico o sociocultural, y sin reducir de manera inaceptable la calidad de la experiencia de los visitantes.”

²⁷⁹ BOUAZZA ARIÑO, O., *Planificación turística autonómica*, cit., pág. 110.

²⁸⁰ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La ordenación del territorio y los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 197.

²⁸¹ En este sentido cabe mencionar a ORDUNA LUNA F. J., “El turismo: un recurso para el desarrollo de la colectividad local. Una aproximación a la provincia de Huesca”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.) *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit. pág. 134, que señala el otorgamiento de licencias por los municipios, junto con las normas subsidiarias de planeamiento y la elaboración de ordenanzas municipales como medios municipales esenciales para lograr un desarrollo turístico sostenible. Y pág. 139, “Los recursos ambientales son bienes perecederos y de difícil recuperación

del medio ambiente, protección de consumidores y usuarios, protección del patrimonio cultural, etcétera) que justificaran el mantenimiento de estos regímenes de autorización previa.

Y no se defiende aquí, no me cansaré de repetir, el mantenimiento de los sistemas control previo tal y como hasta ahora los hemos conocido, sino unos regímenes simplificados cuya competencia ha de atribuirse a las entidades locales y en unos plazos mínimos, con el indispensable apoyo de la Administración electrónica. Pero, según considero, el control previo ha de existir, pues el elemento preventivo resulta esencial en este sector.

Bien es cierto que se mantienen en algunos casos la necesidad de solicitar, con carácter previo, la Evaluación de Impacto Ambiental en los términos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, modificada, además, para contrarrestar los posibles efectos de la Directiva Servicios y su normas de transposición, por la Ley 6/2010, de 24 de marzo, en el sentido de incluir un artículo 18.bis en el que se establece la necesidad de llevar a cabo la Evaluación de Impacto Ambiental²⁸² siempre con carácter previo antes de presentar la declaración responsable o la comunicación previa. Incluso, deja sin validez dichas declaraciones y comunicaciones si no se ajustan a lo establecido en la evaluación²⁸³. Pese a que esta

²⁸²Existe un Anteproyecto de Ley sobre Evaluación Ambiental que se puede consultar en la página web del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (<http://www.magrama.gob.es>) que no incorpora grandes novedades en cuanto a la regulación actual, pues sigue manteniendo la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental ciertos proyectos, como control previo, antes de presentar las correspondientes comunicaciones previas. Tampoco se aumentan los proyectos que requieren dicha Evaluación. Quizás, lo más interesante a efectos de este trabajo, sea la incorporación del concepto de capacidad de carga como criterio a tener en cuenta para determinar si un proyecto de los señalados en el Anexo II, debe someterse a la Evaluación de Impacto correspondiente.

²⁸³ Artículo 18 bis Proyectos sometidos a comunicación o declaración responsable. Añadido por Ley 6/2010, de 24 de marzo.

Cuando, de acuerdo con la ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite, así como de la publicación en el diario o boletín oficial correspondiente de la pertinente resolución.

previsión resulta muy positiva, no hay que olvidar que, desde el punto de vista turístico, muy pocos proyectos han de ser sometidos a esta evaluación, y solo cuando se encuentren en zonas especialmente sensibles, designadas en aplicación de las Directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979 y 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, o en humedales incluidos en la lista del Convenio de RAMSAR²⁸⁴. En concreto, en el Anexo 1 de la norma, referido a los proyectos que deben someterse en todo caso a evaluación, podemos encontrar relacionados directamente con el turismo:

- Proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos.
- Pistas de esquí, remontes y teleféricos y construcciones asociadas.
- Parques temáticos²⁸⁵.

Pese a que a ello me referiré en otra parte de este trabajo, no me parecen insuficientes estas previsiones. Existen, sin duda, proyectos turísticos que pueden afectar de manera muy negativa al medio ambiente y que deberían someterse, en todo caso, a este instrumento de evaluación ambiental previa, independientemente de que se desarrollen en zonas calificadas como de especial protección, pese a que exista autores a los que les parezca adecuadas y suficiente dichas previsiones²⁸⁶.

Carecerá de validez y eficacia a todos los efectos la declaración responsable o la comunicación relativa a un proyecto que no se ajuste a lo determinado en la declaración de impacto ambiental o en la resolución de no sometimiento a evaluación de impacto ambiental.

²⁸⁴ Anexo 1, Grupo 9: otros proyectos, punto c).

²⁸⁵ En el Anteproyecto de Ley al que me refería en una nota a pie de página anterior no se amplían los proyectos que deben someterse a Evaluación de Impacto Ambiental.

²⁸⁶ MOLINA DEL POZO, C. F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, cit., pág. 470, Cabe señalar que, en nuestra opinión, una vez más, sí que existen todos los mecanismos jurídicos para prevenir este tipo de sobrecarga territorial. Así, por ejemplo, la Evaluación de Impacto Ambiental.

3.5.- Turismo y defensa de consumidores y usuarios.

Unos de los elementos fundamentales del turismo son los consumidores y usuarios turísticos. Sin ellos, en efecto, ni siquiera podríamos hablar de este fenómeno. Por consiguiente, hay que tener en cuenta este factor esencial a la hora de elaborar una política turística adecuada.

Ya he mencionado más arriba que la calidad, como objetivo fundamental de la política turística, ha de pasar, necesariamente, aunque no exclusivamente, por la satisfacción de los consumidores y usuarios turísticos. Son estos, en definitiva, quienes van marcando las pautas sobre la evolución de la calidad.

Resulta por ello, esencial, desarrollar unos instrumentos adecuados y suficientes de protección del usuario de servicios turísticos frente a los posibles abusos de los prestadores. Por sus especiales circunstancias, el turista necesita una especial protección. Pensemos que, habitualmente, se trata de personas que no conocen el idioma, las formas de reclamación, los derechos que tienen, etcétera²⁸⁷. Por lo que se ha de hacer especial hincapié en su defensa. Una protección, por tanto, que ha de ser superior a la que la que prevé la legislación general.

²⁸⁷ CORCHERO, M., *Derecho del turismo. Conceptos fundamentales*, cit., pág. 95, “El turista goza de todos los derechos de los consumidores y usuarios. Sin embargo, el turista es un consumidor especialmente necesitado de protección, con una posición singularmente débil y necesita una específica protección jurídica como consumidor añadida a la general. Por ello, es necesario añadir al régimen general un régimen especial aplicable a la actividad turística”.

Por tanto, sin una adecuada protección jurídica de los turistas, no podremos hablar de calidad, y no se alcanzará el objetivo del desarrollo turístico sostenible²⁸⁸.

Desde una perspectiva general, la defensa de los consumidores y usuarios es considerada por la Directiva Servicios, y las normas de transposición en España, como una razón imperiosa de interés general que justifica la necesidad de someter a control previo una actividad de servicios²⁸⁹.

Teniendo en cuenta las razones apuntadas anteriormente, si la defensa de los consumidores y usuarios en general justifica el mantenimiento y creación de controles previos, estos serán más necesarios, aún, si hablamos de turistas, pues requieren una especial protección. En definitiva, estaría absolutamente justificado, en mi opinión, mantener los controles previos para garantizar los derechos de los turistas.

Por ello no tiene sentido, en mi opinión, la transposición de la Directiva Servicios realizada en la mayoría de las comunidades autónomas. Se han eliminado los controles previos sin tener en cuenta los derechos de los turistas. Sin considerar que de la percepción de estos depende, en gran medida, la calidad del servicio prestado y, por tanto, del turismo. En definitiva, sin una adecuada política de protección de los derechos e intereses de los turistas se pondrá en peligro la supervivencia del propio sector.

En este sentido, pienso que la transposición de la norma comunitaria no se ha hecho adecuadamente en nuestro país. La protección de los consumidores y usuarios turísticos es una razón imperiosa de interés general que justifica la necesidad de los controles administrativos previos. Sin embargo, en la práctica totalidad de las comunidades autónomas se ha procedido a sustituir los controles

²⁸⁸ GUILLEN CARAMÉS, J., “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 115, 2002, pág. 375. “La atribución al turista de derechos forma parte del conjunto de técnicas jurídicas orientadas a potenciar y garantizar la calidad del turismo...”

²⁸⁹ Artículo 4.8 de la Directiva y artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

previos por controles posteriores, sin reparar en la posible afectación de los derechos de los turistas, usuarios, repito, necesitados de una especial protección.

3.6.-Turismo y seguridad.

No cabe duda de que uno de los elementos esenciales del turismo es que este se pueda ofrecer en unas mínimas condiciones de seguridad a los usuarios.

En realidad, este concepto está íntimamente unido al de calidad y al de necesaria protección de los consumidores y usuarios. De hecho, resulta un aspecto básico, esencial. Solo a partir de ese punto, podremos comenzar a hablar de calidad en el turismo²⁹⁰. Se ha podido comprobar, en muchas ocasiones, como la falta de seguridad en un destino turístico ha determinado el descenso del número de turistas.

Solo a partir de un mínimo de seguridad, puede comenzar a desarrollarse el turismo. De ahí que muchos países con estupendos recursos turísticos, no puedan explotarlos. Falta un mínimo de seguridad.

Pero sin necesidad de ir tan lejos, la seguridad no solo ha de ser un requisito de los destinos turísticos, sino también de los servicios que se ofrecen a los turistas. En este sentido no resulta igual visitar una catedral que realizar parapente. Lógicamente esta última actividad requiere unas especiales características para salvaguardar la seguridad y salud de los usuarios que la primera no precisa. En otras palabras, los Poderes Públicos no pueden tratarlas como actividades turísticas similares, pues presentan profundas diferencias, como es fácilmente comprensible.

²⁹⁰ TUDELA ARANDA, J., “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”, cit., pág. 391, “En realidad cabe decir que hoy no debiera entenderse una política de calidad que prescinda de la dimensión de la seguridad. La seguridad es elemento fundamental, núcleo duro de lo que debe entenderse por calidad. Sin seguridad no parece posible hablar de seguridad”

Todos aquellos servicios turísticos que, en mayor o menor medida, implican un peligro para los usuarios, se denominan turismo activo. Pero ese peligro al que voluntariamente se someten los turistas debe ser un peligro absolutamente controlado, medido. **Las Administraciones públicas competentes en materia de turismo no se pueden permitir, en este sentido, que ese peligro consustancial en el desarrollo del turismo activo se concrete y afecte de manera efectiva a la seguridad y la vida de los usuarios**²⁹¹. Para ello se **habrán de arbitrar todos los medios previstos en el ordenamiento jurídico para evitar esas circunstancias**. Y ante esto, cabe preguntarse **¿es suficiente un sistema de controles posteriores, tal y como los que pretende implantar la Directiva Servicios, para garantizar la seguridad y salud de los turistas? En mi opinión la respuesta es que no. Los mencionados sistemas no están adecuadamente configurados desde el punto de vista jurídico y, además, en muchas comunidades autónomas dicha actividad no se encuentra regulada, lo que genera una importante seguridad jurídica.**

3.7.- Turismo como factor de desarrollo económico

La importancia económica del turismo es innegable. De hecho, como ya se ha indicado en otro lugar de este trabajo, es precisamente esa importancia económica la genera una mayor implicación del Derecho y de los Poderes públicos por las cuestiones turísticas²⁹².

²⁹¹ ASPAS ASPAS, J. M., “Régimen Jurídico de los deportes de aventura. Consideraciones sobre el turismo activo”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 565, establece este autor que la intervención administrativa en la materia está justificada por la necesaria preservación de la integridad física de las personas participantes”

²⁹² CORCHERO, M., *Derecho del turismo. Conceptos fundamentales*, pág. 62, “La importancia económica del fenómeno turístico seguirá siendo un dato decisivo para entender la reacción pública”. En el mismo sentido, TUDELA ARANDA en “la organización administrativa del turismo”, GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dir.); PETIT LAVALL, Mª V. (Coord.) *Lecciones de Derecho del turismo*, cit., pág. 44.

Desde luego, los beneficios turísticos pueden ser muy importantes y, como es lógico, es muy legítimo por parte de las empresas y profesionales del sector, intentar maximizarlos.

Y es que, los rendimientos económicos generados por el turismo pueden resultar esenciales para determinados países de América, África y Asia que se encuentran actualmente en vías de desarrollo. Es un factor esencial para su desarrollo económico y social. Pero dicho desarrollo económico debe realizarse respetando siempre los principios esenciales del turismo sostenible. Pues en estos países, especialmente, se corre el riesgo de que el turismo se vuelva una fuente de conflictos si no se respeta de manera adecuada las tradiciones culturales y sociales. O si se convierte en la única fuente de ingresos (monocultivo). Pueden perder muy fácilmente la identidad cultural y social desencadenando conflictos importantes.²⁹³

Y lo que puede resultar aun más negativo, que las propias sociedades receptoras no sean las beneficiarias de los recursos generados por el turismo. Sobre todo si los servicios son prestados por empresas y *touropedores* extranjeros que no reinvierten adecuadamente los beneficios en la zona. Claro ejemplo de esto es la famosa modalidad del “todo incluido”, a la que ya me he referido como ejemplo claro del turismo insostenible. Y es que, los beneficios generados por el turismo han de contribuir al desarrollo económico y social del destino. De otra forma, repito, estaríamos ante un turismo socialmente insostenible, fuente constante de conflictos en los países de destino y, por consiguiente, se estaría poniendo en riesgo el futuro del sector en la zona de que se trate.

²⁹³ Como señala Mike ROBINSON, “Por un turismo concertado” en *El Correo de la UNESCO*, 1999, *Turismo y cultura: compañeros de ruta*, pág. 22, “El turismo puede transformar las culturas locales en meros bienes de consumo”, pág. 23, “Un turismo cultural sostenible no solo reconoce el valor de la diversidad cultural, sino que considera indispensable ofrecer a las culturas locales un foro donde puedan participar en las decisiones que afectan a su porvenir. Construir un turismo sostenible en torno a la idea de conocimiento cultural implica que la actividad turística puede ser rechazada de plano. El verdadero reto es instaurar mecanismos que hagan participar a las culturas locales y las transfieran el derecho decidir sobre el tipo y envergadura del turismo que desean, con las limitaciones económicas, ecológicas y culturales que hayan fijado”.

3.8.- Turismo como factor de entendimiento entre los diversos pueblos de la tierra.

Es bastante común considerar al turismo como un elemento necesario para lograr determinados objetivos relacionados con la paz mundial a través, fundamentalmente, del fomento del entendimiento entre los diferentes pueblos y culturas de la Tierra.

Sin duda, no se puede desdeñar esta pretensión de la política turística, pero en mi opinión resulta exagerada. Porque no se puede negar que, aun hoy, como ya se ha indicado en este trabajo en repetidas ocasiones, el turismo es, esencialmente, un sector económico rentable. Esto no significa que el objetivo que se pretende del turismo sea loable. Pero siendo realistas, no es, a día de hoy, alcanzable.

Existen determinados autores que, incluso, lejos de mirar al turismo como un factor para alcanzar la paz mundial, lo sitúan como una fuente de conflicto y tensión entre el turista y el anfitrión²⁹⁴. Pero esto ocurre solo en aquellos casos en los que no se ha fomentado un desarrollo turístico culturalmente sostenible. Por lo que dicha afirmación me parece exagerada. Igual de exagerada, al menos, que aquellas tesis que sitúan al turismo como fuente de la paz sobre la tierra²⁹⁵.

Mi postura se sitúa, dicho sea con toda humildad, en una situación intermedia. Bien es cierto, según estimo, que el turismo no puede ser considerado como un elemento esencial de la paz mundial. Pero sin duda, puede servir para que los diferentes pueblos puedan mantener ciertas relaciones culturales y sociales que ayuden, sin duda, a ampliar los conocimientos entre fronteras. Esa transmisión de conocimientos que facilita el turismo, sí puede favorecer, en cierta manera, el entendimiento entre los

²⁹⁴ Mike ROBINSON, “Por un turismo concertado”, pág. 22.

²⁹⁵ Mike ROBINSON, “Por un turismo concertado”, pág. 23, “Es exagerado estimar que el turismo constituye un factor decisivo para la paz”.

diferentes pueblos. Es decir, si se me permite la expresión, facilita una especie de “empatía social” entre los diferentes países.

En este sentido, Garry MARCHANT hace referencia a una cita de MONTESQUIEU que, como gran viajero, llegó a indicar que “Los viajes proporcionan una gran apertura de espíritu: se sale del círculo de prejuicio del país propio y se está dispuesto a cargar con los prejuicios ajenos”²⁹⁶.

Sin dejar de lado, por tanto, su perspectiva de intercambio cultural, el turismo no puede ser considerado como un factor esencial para la paz. De otra forma estaríamos desvirtuando en fenómeno que, al menos por el momento, no puede tener esas pretensiones.

3.9.- El turismo como producto de consumo. El producto turístico.

Como ya he tenido ocasión de señalar, uno de los elementos esenciales del turismo es el usuario de los servicios que se ofrecen por parte de las empresas y profesionales. En este sentido, el turismo funciona como cualquier otro servicio o producto, es decir, se deben satisfacer, al máximo posible, las expectativas del turista²⁹⁷.

De este modo se conseguirán dos objetivos:

²⁹⁶ MARCHANT, G., “Indígenas anfitriones”, *El Correo de la UNESCO*, 1999, “Turismo y cultura: compañeros de ruta”, págs. 30-31.

²⁹⁷ GONZÁLEZ MORANTE, A., SÁNCHEZ GARCÍA, I. y SANZ BLAS, S., “La imagen como factor clave del comportamiento del turista”, cit., pág. 60, “Junto con la imagen, existen también otros indicadores que pueden afectar al comportamiento post-compra del turista: la calidad percibida y la satisfacción, como variables relacionadas con la evaluación de la estancia”

- Primero, un turista satisfecho tiene muchas más posibilidades de repetir destino que uno insatisfecho, y;
- Segundo, el turista que ha visto cumplidas todas sus expectativas recomendará el destino a sus familiares y amigos en su lugar de residencia habitual, con lo que es más fácil generar la visita de nuevos turistas.

Y para que el cliente quede satisfecho, tenemos que hacer uso de un concepto al que ya me he referido: la calidad. Sin calidad en el servicio, difícilmente se pueden cumplir las expectativas del turista²⁹⁸.

Y aquí se entra en una de las características esenciales del producto que se ofrece a los turistas: su complejidad. **No estamos ante un producto cualquiera. El turístico es un producto sumamente complejo. Compuesto, a su vez, de diferentes elementos que hacen que el producto turístico acabe identificándose con el territorio**²⁹⁹. De tal manera que si el territorio donde se presta el servicio no satisface al turista, por los motivos que sean (inadecuada protección del medio ambiente, mala calidad de las aguas, tensión entre anfitriones y visitantes, etcétera), la percepción del turista será negativa y, por consiguiente, no se habrá alcanzado la calidad esperada.

De lo que se deduce que los conceptos de servicio turístico y producto turístico no son identificables. Este es mucho más amplio que aquel, pues incluye no solo la oferta turística, sino otras circunstancias que hacen de la experiencia turística algo

²⁹⁸ BARRADO TIMÓN, D. A., “Ordenación territorial y desarrollo turístico. Posibilidades modelos y esquemas de ordenación territorial del turismo en la España de las Autonomías”, *Estudios Turísticos*, núm. 149, 2001, pág. 4. “Producto, entendido como un complejo de bienes y servicios [que] adquiere una importancia singular ligado a la búsqueda de la calidad”

²⁹⁹ BARRADO TIMÓN, D. A., “Ordenación territorial y desarrollo turístico. Posibilidades modelos y esquemas de ordenación territorial del turismo en la España de las Autonomías”, cit., pág. 5, “En efecto, la complejidad del producto turístico y la dificultad de percibir sus límites y separarlo del resto de elementos que cumplen un papel en la experiencia turística, supone que se acabe asociando al producto al destino, entorno o lugar en el que se consume. El resultado es que, de forma más o menos consciente, la mayor parte de los turistas acaban consumiendo no un producto al uso, sino algo más complejo, un ámbito territorial. Es decir, un destino, que por tanto debe ser entendido al mismo tiempo como una realidad sectorial territorial”

completamente satisfactorio. Los usuarios turísticos no se contentan exclusivamente con una buena “cama” y una buena “mesa”. Buscan algo más: la autenticidad, lo inesperado, el paisaje que evoca, la amabilidad en el trato de los residentes, la historia...en definitiva el alma del producto. En otras palabras, el destino turístico está compuesto de numerosas variables. Y esto, como es fácilmente comprensible, no puede quedar exclusivamente en manos de los prestadores de servicios, sino que debe intervenir la propia Administración pública para garantizar una experiencia satisfactoria a los turistas. En otros términos, la Administración debe implicarse activamente en la satisfacción del turista para alcanzar un desarrollo turístico sostenible basado en un producto de calidad. Sin calidad y satisfacción de las expectativas del turista, no se puede hablar de turismo sostenible, pues será inviable desde un punto de vista económico y no se rentabilizarán las correspondientes inversiones.

Lo que se ha de buscar, en definitiva, es generar una imagen atractiva del destino o producto turístico para atraer una adecuada afluencia de turistas. Y una vez generada la correspondiente corriente turística, la imagen proyectada por el destino debe corresponderse con la expectativa que se ha generado el propio turista³⁰⁰. Un desfase entre la imagen proyectada por el destino y la experiencia vivida por el turista, implica una disminución de la calidad percibida por el usuario, lo que pone en riesgo la viabilidad económica del destino³⁰¹ y, por tanto, la sostenibilidad del desarrollo turístico.

3.10.- Elementos del turismo

³⁰⁰ GONZÁLEZ MORANTE, A., SÁNCHEZ GARCÍA, I. y SANZ BLAS, S., “La imagen como factor clave del comportamiento del turista”, cit., pág. 57, “La imagen del destino consiste, por tanto, en la interpretación subjetiva de la realidad realizada por el turista [...] Dado que dicha imagen es definida por muchos autores como la percepción global o el conjunto total de impresiones sobre un lugar o como el retrato mental de un destino, es lógico pensar que la misma ejerce alguna influencia sobre el comportamiento de los turistas”

³⁰¹ GONZÁLEZ MORANTE, A., SÁNCHEZ GARCÍA, I. y SANZ BLAS, S., “La imagen como factor clave del comportamiento del turista”, cit., pág. 58, “La imagen influye sobre el turista en el proceso de elección de la estancia, en la subsiguiente evaluación de esta y en sus intenciones futuras de comportamiento” y pág. 60, “Junto con la imagen, existen también otros indicadores que pueden afectar al comportamiento post-compra del turista: la calidad percibida y la satisfacción, como variables relacionadas con la evaluación de la estancia”

3.10.1.- Análisis de los diferentes elementos que componen el turismo.

Dentro de los diferentes elementos que componen el turismo, voy a distinguir entre los elementos subjetivos y los elementos objetivos. Es decir, por un lado, los sujetos que participan en este sector económico desde los diferentes ámbitos, público y privado. Por otro, los objetos que pueden llegar a generar un desplazamiento turístico así como las actividades o servicios que los usuarios demandan una vez se encuentran en el destino turístico.

3.10.2.- Elementos subjetivos.

Dentro de los elementos subjetivos del sector turístico encontramos los consumidores y usuarios o la demanda, las empresas y profesionales o la oferta y las Administraciones públicas.

3.10.2.1.- Los consumidores y usuarios turísticos. Los turistas³⁰²

Como es fácilmente comprensible, quizás el más importante elemento del sector turístico, tal y como se ha indicado más arriba, sea el propio turista. Sin él, desde luego, no cabría hablar de este fenómeno. **El consumidor y usuario turístico se convierte, así, en el centro de gravedad de todo este fenómeno.** Y es que, sin su presencia como demandante de servicios y actividades turísticas, los demás elementos no tendrían sentido. Así, constituyen la demanda turística. No me extiendo más en este aspecto pues ha sido desarrollado más arriba con suficiente detalle, y a él volveré más adelante. Si acaso, quizás resulte interesante mencionar que fruto de esa importancia del usuario

³⁰² Véase, en este sentido, el trabajo del profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS, “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, cit., págs. 357-380.

para el sector turístico, se ha procedido a llevar a cabo una ampliación del concepto de usuario turístico de tal forma que ya no meras, se refiere exclusivamente a personas físicas, sino también a personas jurídicas³⁰³.

3.10.2.2.- Las empresas y profesionales turísticos.

Otro de los sujetos básicos del turismo son las empresas y los profesionales turísticos. Ambos forman la denominada oferta turística. Sobre las primeras³⁰⁴, cabe indicar que se trata de un tipo de persona jurídica, constituida con una determinada forma mercantil, que presta servicios turísticos. En este sentido, la propia Administración pública se ha constituido tradicionalmente como empresaria turística para prestar determinados servicios, y aún hoy lo sigue haciendo³⁰⁵. Por otro lado, se encuentran los profesionales turísticos. Aquellas personas físicas que, sin constituirse como entidades mercantiles, prestan servicios turísticos a los consumidores y usuarios que se lo demandan.

Antes de la entrada en vigor de la Directiva Servicios y sus normas de transposición en nuestro ordenamiento jurídico, algunas normas autonómicas exigían, para prestar determinados servicios turísticos, estar constituido como persona jurídica con una determinada forma mercantil³⁰⁶. Sin embargo, el artículo 15.2.b) de la citada

³⁰³ PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., (Dir.), MARTÍNEZ JIMENEZ, E. y PEDREIRA MENENDEZ, J., *Derecho público del turismo*, pág. 32.

³⁰⁴ Para PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., (Dir.), MARTÍNEZ JIMENEZ, E. y PEDREIRA MENENDEZ, J., *Derecho público del turismo*, pág. 30, “Las empresas turísticas constituyen uno de los elementos esenciales del concepto jurídico de turismo. Y además, por la importancia que tiene la calificación de una actividad empresarial como turística desde un punto de vista de régimen jurídico, ya que esta calificación trae consigo la aplicación de medidas jurídicas que inciden sobre su ordenación, fomento y disciplina”.

³⁰⁵ Véase Paradores de Turismo de España S.A., de capital público, que presta servicios de alojamiento turístico.

³⁰⁶ El artículo 48.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo de Canarias, antes de la modificación efectuada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley de turismo para su adaptación a la Directiva, se indicaba que “La actividad de intermediación turística sólo podrá realizarse por empresas mercantiles constituidas en forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada”

norma comunitaria, pese a no proscribir expresamente este requisito, lo considera muy sospechoso y exige a los Estados miembros que lo evalúen y, en su caso, lo hagan compatible con el espíritu de la Directiva. Así, todas las comunidades autónomas han eliminado de sus ordenamientos turísticos, como consecuencia de la Directiva Servicios, la exigencia de estar constituido como persona jurídica mercantil para prestar servicios turísticos.

Por otro lado, se ha de mencionar que la libertad de empresa y la libre iniciativa económica vienen reconocidas en nuestra Constitución dentro de la Sección Segunda del Capítulo II del Título I, es decir, como un derecho de los ciudadanos que, si bien no es susceptible de amparo, su desarrollo está reservado en todo caso a la Ley que habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1). Esto implica que cualquier restricción que vaya a realizarse a este derecho, debe hacerse mediante una norma con rango de Ley. Excluyendo, por consiguiente, a los reglamentos. Sin embargo, en materia turística ha sido muy común regular los requisitos previos de acceso a estas actividades, así como los procedimientos de autorización o licencias previas, en normas con rango inferior a la Ley. En clara vulneración, por tanto, de nuestra norma fundamental.

Pero el reconocimiento de esta libertad de empresa o iniciativa económica no puede ser, como es fácilmente comprensible, absoluta. Por el contrario, tiene importantes límites. Fronteras que no pueden sobrepasarse y que encontramos en otros derechos y principios reconocidos a nivel constitucional. Aquí entra en juego, para garantizar este equilibrio, otro de los sujetos esenciales en esta materia y al que me refiero en el epígrafe siguiente: la Administración pública.

3.10.2.3.- Las Administraciones públicas

Por último, otro elemento subjetivo de gran transcendencia en materia turística son las Administraciones públicas con competencia en la materia. Estos sujetos

intervienen en el turismo ejercitando sus potestades públicas con el fin esencial de servir al interés general³⁰⁷. En este sentido, y según la tradicional clasificación de JORDANA DE POZAS en “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”³⁰⁸, la Administración pública puede, en el ámbito turístico: dictar normas, limitar la actividad de los particulares, prestar servicios públicos relacionados con el turismo, y fomentar determinados comportamientos. En definitiva, la presencia de la Administración pública en el sector turístico es, según entiendo, determinante.

Cuestión diferente es como deba producirse la intervención pública en la materia. Desde luego, de lo que no cabe duda es que nuestro actual modelo económico constitucional exige que rijan las reglas propias de la economía de mercado, por lo que la intervención administrativa en el sector cuando se trate de la prestación de servicios turísticos directos a través de empresas públicas (por ejemplo, Paradores de Turismo de España, S. A.), debe respetar el Derecho de la competencia.

Además, las Administraciones públicas, como parte del Poder ejecutivo, deben garantizar que en el libre juego de la oferta y la demanda no se pongan en riesgo otros bienes jurídicos igualmente dignos de protección como los derechos de los consumidores, la protección del medio ambiente, la salud y la dignidad de los consumidores y trabajadores turísticos, etcétera.

Y para ello, las Administraciones públicas han de contar con los medios adecuados, suficientes y eficaces para alcanzar los objetivos señalados por el ordenamiento jurídico. De otra forma se estará primando una visión excesivamente

³⁰⁷ En los términos que indica el artículo 103.1 de nuestra Norma Fundamental.

³⁰⁸ JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, págs. 41-54.

economicista del turismo³⁰⁹. Una perspectiva en la que se prima el rendimiento económico sobre otros intereses en juego.

Desde luego, tampoco hay que ser ingenuo en este sentido. Las actividades turísticas se realizan porque los promotores pretenden alcanzar beneficios económicos. De hecho, uno de los datos esenciales para medir la sostenibilidad del desarrollo turístico es el de la viabilidad económica. Lo que la Administración debe evitar es que se tengan en cuenta los intereses económicos de manera exclusiva. Como ya se ha indicado, para alcanzar la sostenibilidad turística es necesario garantizar, además, la protección del medio ambiente, el respeto a la cultura de la sociedad receptora y la calidad de los servicios turísticos prestados.

Por otro lado, se debe hacer referencia a **la actitud que debe tomar la Administración pública frente a las actividades turísticas. No debe ser, según lo ya manifestado, una mera actitud pasiva. Sino una actitud plenamente activa con todos los medios a su alcance para conseguir el objetivo mencionado de la sostenibilidad.** Entre esos medios se cuentan los menos restrictivos de la libertad individual, es decir, los relativos a medidas de fomento, por ejemplo. Pero también se han de usar aquellos instrumentos jurídicos que, restringiendo la libertad de los particulares, sean eficaces para alcanzar los objetivos correspondientes. Me refiero, como es fácilmente comprensible, a los medios propios de la policía administrativa. Y es que, como señala el profesor José TUDELA ARANDA, “el cumplimiento de las condiciones de calidad exigirá del poder algo más que medidas de fomento, exigirá una inteligente articulación de la política pública y el establecimiento de las correspondientes medidas de control e inspección”³¹⁰.

³⁰⁹ ÁLVAREZ SOUSA, A., “Turismo y calidad global. Contribución al desarrollo integral”, en BLANQUER CRIADO, D., (Dir.), *La calidad integral del turismo*, cit., pág. 23, “El desarrollo no puede medirse de forma simple y unidimensional, sino multidimensionalmente o como un sistema complejo que es la sociedad (...) El propio desarrollo económico (que es aquí tomado como un medio y no un fin en sí mismo) no puede sostenerse si no se apoya en otros aspectos sociales, culturales, etcétera.

³¹⁰ José TUDELA ARANDA, “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 217.

Cuestión diferente será, como se verá más adelante, si estas medidas de policía administrativa cumplen determinados requisitos para no restringir indebidamente derechos y libertades de los particulares. En este sentido, las medidas de control que se adopten deberán respetar los principios propios del Derecho comunitario reconocidos en la Directiva Servicios. Así, las citadas medidas deben ser, como regla general, de carácter posterior al comienzo de las actividades por parte de los particulares. Por tanto, lo habitual serán los controles posteriores, a diferencia de lo que venía siendo habitual antes de la entrada en vigor de la norma comunitaria.

No obstante, se permiten mantener ciertos regímenes de control previo, a través de autorizaciones o licencias, cuando se cumple el denominado triple test de la Directiva Servicios (artículo 9): es decir, se puede sujetar el inicio de una actividad económica de servicios a un control previo cuando dicho régimen de control *a priori* no sea discriminatorio, esté justificado en una razón imperiosa de interés general (principio de necesidad), y no se puedan utilizar, para alcanzar el mismo objetivo medidas menos restrictivas (principio de proporcionalidad)³¹¹.

Pero que el régimen de control sea posterior, no significa, en absoluto, que la Administración competente deba dejar de intervenir para cumplir los objetivos señalados de sostenibilidad. Más bien al contrario. Como se eliminan, con carácter general, los controles previos, la Administración debe incrementar las actividades de inspección y control posterior. Algo que parece no haberse entendido adecuadamente

³¹¹ Algunos autores piensan, acertadamente, que más que de una posibilidad, se trata de una obligación. Por consiguiente, si existen algunas de estas razones imperiosas de interés general, la medida es proporcionada y no discriminatoria, la Administración pública está obligada a utilizar los regímenes de control previo. En este sentido, véase RIVERO YSERN, E., “La actividad de intervención en la Directiva Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva Servicios e España*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009, pág. 158, “En mi opinión, el artículo 9.1 a) y b) de la Directiva, no establece las condiciones que deben cumplirse para supeditar a una autorización el acceso a una actividad, sino que, y esto me parece fundamental para el adecuado entendimiento del artículo 9.1.c), es obligatoria la autorización para el caso de que concurra alguna de las circunstancias del artículo 9.1.b), y basta con que concurra alguna”.

por parte de la mayoría de comunidades autónomas que han llevado a cabo la transposición de la Directiva Servicios en este ámbito sectorial. Pues, de un análisis exhaustivo de la legislación autonómica en la materia, como haré más adelante en otra parte de este trabajo, se puede comprobar que no se ha regulado adecuadamente la figura del control posterior, sin la que el sistema de declaración responsable o comunicación previa (o ambos), no tiene sentido³¹².

3.10.3.- Elementos objetivos. Los recursos turísticos.

Acabo de analizar los sujetos que forman el sector turístico. Paso a estudiar, a continuación, el objeto que compone dicha materia. Se trata, en definitiva, de aquellos aspectos que son capaces de generar una corriente turística. Es decir, lo que motiva a los consumidores a realizar un desplazamiento de su lugar de residencia habitual al destino concreto. Me refiero a los denominados recursos turísticos.

Entendemos por recurso turístico, siguiendo a CALLIZO SONEIRO, J. y LACOSTA ARAGÜES, A. J., “todo bien o servicio que albergue capacidad de incitar el viaje turístico independientemente de la intensidad del flujo generado. Se trata de un concepto subjetivo, relativo y dinámico en el tiempo...es preciso que medie un acto de explotación turística”³¹³. Respecto a la tipología de recursos turísticos, pueden existir tantos como objetos o situaciones capaces de atraer a los turistas. Los diferentes tipos de recursos turísticos dan lugar, a su vez, a diferentes tipologías de turismo. En este sentido

³¹² Uno de los autores que mayor hincapié ha hecho sobre la materia es el profesor de la Universidad de Salamanca Ricardo RIVERO ORTEGA, “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva Servicios e España*, cit., pág. 52, “A la Ley de Procedimiento también convendría añadirle, como se propuso en su día, un Título sobre potestad inspectora, amén del de autorizaciones. Y todo el título sobre potestad sancionadora habría de ser revisado para preparar una respuesta eficaz frente a los posibles abusos que pueden ser favorecidos como consecuencia de la relajación de los controles administrativos *ex ante*, que necesariamente han de ser compensados mediante el reforzamiento de controles *ex post*, traducidos en inspecciones y sanciones. Si no se hace así, tendrán razón quienes dicen que estamos ante una operación desreguladora”

³¹³ CALLIZO SONEIRO, J. y LACOSTA ARAGÜES, A. J., “Un estudio tipológico de los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit. pág. 69.

podemos hablar de turismo de sol y playa, turismo cultural, turismo urbano, ecoturismo, turismo de nieve, turismo de salud, turismo rural³¹⁴, etcétera.

Así, los recursos turísticos pueden ser tanto objetos que se encuentran en el destino (relacionados con el medio natural, patrimonio artístico, etcétera) como los servicios que se prestan (pistas de esquí, balnearios, parque temáticos, etcétera. Lo que caracteriza, en cualquier caso, a los recursos es su capacidad para generar corrientes turísticas y, por consiguiente, incrementar la demanda del destino de que se trate.

Uno de los principales problemas que se plantean respecto a determinados recursos turísticos, sobre todos los que están relacionados con el medio natural y el patrimonio histórico artístico, es la necesaria conservación frente a una explotación abusiva. Y es que, como ya he indicado más arriba, independientemente de la mayor o menor capacidad de atracción de un recurso turístico, el territorio donde se asienta el mismo tiene una determinada capacidad de carga que no puede ser superada sin que el recurso correspondiente sufra daños. De ahí que haya que ser especialmente cuidadosos con la conservación de los recursos. De hecho, esta ha de ser una de los objetivos fundamentales de la legislación y las políticas públicas turísticas.

Y esto es así, como es fácilmente comprensible, no solo porque exista un deber de los Poderes públicos de conservar el medio ambiente y el patrimonio histórico artístico. Si no, también, porque está en juego la propia supervivencia del sector económico. Y es que, si desaparecen los recursos que generan las corrientes turísticas, cesarán dichas corrientes y, por consiguiente, se acabará el turismo.

En este sentido se puede indicar que la conservación de los recursos turísticos es un objetivo compartido entre todos los sujetos del turismo. Los profesionales y empresarios del sector para asegurar el futuro de sus empresas y negocios. Las

³¹⁴ CALLIZO SONEIRO, J. y LACOSTA ARAGÜES, A. J., “Un estudio tipológico de los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit. pág. 32.

Administraciones publicas porque es un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. Y los turistas, para garantizar la posibilidad de disfrutar ese recurso en el futuro.

Cuestión diferente es que ese objetivo no sea entendido por todos los sujetos involucrados de la misma manera. Bien porque los empresarios y profesionales prefieran maximizar beneficios a corto plazo y explotar el recurso turístico. Bien porque los Poderes públicos antepongan la solución a situaciones coyunturales (como el paro o la crisis económica) al mencionado objetivo de conservación, permitiendo superar los límites de capacidad de carga. O también, en el caso de los turistas, porque no tengan desarrollada una conciencia de respeto respecto a los recursos turísticos o de solidaridad frente a otros posibles usuarios presente o futuros.

En este sentido, y en relación a los Poderes públicos, es necesario que entiendan que las situaciones económicas coyunturales no pueden servir de fundamento para flexibilizar las políticas de conservación de los recursos turísticos. Estas políticas, así como la correspondiente legislación, deben mantener una capacidad de carga adecuada e inocua para los recursos. De otra forma se estará fomentando un desarrollo turístico insostenible.

CAPÍTULO SEGUNDO.

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE ORDENACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA CALIDAD TURÍSTICA

1.- Introducción

Lo que se pretende analizar en esta parte del trabajo, es la incidencia que la actividad administrativa tiene sobre el sector turístico para alcanzar determinados objetivos relacionados con la calidad de los servicios y la sostenibilidad del mismo.

Como ya he indicado en otro lugar, al referirme a la evolución de la legislación turística, la preocupación del Estado por el sector ha sido directamente proporcional a la importancia económica del mismo. En los orígenes del turismo moderno, la Administración pública interviene para tratar de incrementar los ingresos económicos que genera esta industria. En aquellos primeros momentos se trata de un fenómeno escaso, casi anecdótico, por lo que se intenta, como en cualquier otro sector económico, incrementar el número de usuarios y, por tanto, los ingresos³¹⁵.

Pero, como es conocido, a mediados del siglo XX el turismo se convierte en algo masificado. La gran cantidad de turistas que acuden a nuestras playas y la visión exclusivamente económica del fenómeno, hace que se generen importantes problemas

³¹⁵ TUDELA ARANDA, J., “La ley y el reglamento en el Derecho del Turismo”, *Documentación Administrativa*, cit., pág. 111 “El Derecho ha estado presente, incluso con intensidad, en el turismo. Una intervención que puede pensarse inevitable por la indubitable transcendencia del turismo del turismo sobre la economía española. El poder público no podía permanecer ajeno a este sector y en su intervención debía acudir al Derecho”

que convierten a la industria turística en algo insostenible. Es la época del desarrollismo turístico en la que prima el objetivo económico frente a cualquier otro³¹⁶.

Y no es hasta la aprobación de la Constitución Española de 1978 cuando se planta la semilla³¹⁷ para el cambio de rumbo del turismo español. Se recogen los principios rectores de la política social y económica que van a informar el desarrollo turístico y la intervención de la Administración pública en el sector. El objetivo será, desde entonces, alcanzar un desarrollo sostenible. Económicamente viable, pero además respetuoso con otros valores esenciales del ordenamiento jurídico que son, además, de interés general.

En cualquier caso, y pese a lo manifestado en el párrafo anterior, va a existir siempre una tensión latente entre el objetivo económico de las empresas y profesionales del sector, y la necesidad de garantizar que se cumplan los valores mencionados. Esta, precisamente, resulta ser una de las funciones del Estado, alcanzar el equilibrio entre ambas fuerzas. Así, cumplir este objetivo, según palabras del profesor Ramón ARCARONS SIMON “constituye uno de los grandes retos de la política turística: compatibilizar el principio de libertad de mercado y de empresa con la preservación de las ventajas estructurales que aseguran la continuidad de la actividad turística”³¹⁸

Ya me he referido a ello, pero sin duda, conviene repetirlo. El sector turístico privado por sí solo no es capaz de alcanzar un desarrollo sostenible. El mercado está incapacitado para alcanzar determinados objetivos relacionados, por ejemplo, con la protección del medio ambiente o de los propios consumidores. De ahí que la

³¹⁶ CALS, J., “El modelo turístico español”, *Estudios Turísticos*, núm. 80, 1983, pág. 16, “A la política turística española le ha faltado ambición y le ha sobrado mucha, mucha especulación. Ambición en el sentido de las cosas bien hechas, con voluntad de durar, con estrategia de futuro; especulación no solo del suelo, sino también especulación comercial, entendida como culto al negocio fácil”

³¹⁷ TUDELA ARANDA en “la organización administrativa del turismo”, *Lecciones de Derecho del turismo*, GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dir.); PETIT LAVALL, M^a V. (Coord.), cit., pág. 43.

³¹⁸ ARCARONS SIMON, R., “Órganos de la Administración turística”, en MIRABELL I IZARD, O., (Coord.), *Gestión pública del turismo*, Ed. UOC, Barcelona, 2010, pág. 72.

Administración pública deba intervenir, como parte del Poder Ejecutivo, para servir con objetividad a aquellos intereses generales que, de otra forma, no se verían satisfechos³¹⁹.

En otras palabras, la Administración pública debe tratar de resolver **la gran paradoja del turismo**. Y es que, “por un lado, el turismo como actividad se fundamenta en la explotación de los recursos medioambientales, artísticos o culturales de los destinos turísticos, en cuanto factores esenciales para la producción y la mercadotecnia de las actividades de ocio, y por otro lado es el propio turismo uno de los principales agentes de la destrucción de los recursos sobre los que se apoya, dada la especial fragilidad de estos”³²⁰

Los promotores de actividades turísticas verán con cierto recelo dicha actividad de intervención. Es lógico. Se trata en definitiva de restringir sus derechos (a la libertad de empresa, fundamentalmente), en aras a la protección de unos intereses generales que, en la mayoría de las ocasiones, se ven como algo muy difuso.

Pero esa intervención administrativa es esencial para preservar determinados objetivos relacionados con el turismo. Sin la presencia de la Administración como institución vicaria del Estado para la defensa de los intereses generales, como en alguna ocasión se ha llegado a denominar, el desarrollo turístico no estaría controlado y se producirían daños a importantes bienes jurídicos que merecen una protección adecuada

³¹⁹SANTAMARIA PASTOR, A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Ed. Iustel, segunda edición, Madrid, 2009, pág. 245, “La mayor parte de las actividades que pueden incidir en el interés general no son asumidas directamente, claro está, por la Administración, siendo realizadas por los sujetos privados. De entre ellas cabe separar un conjunto de actividades que, por su propia naturaleza poseen una orientación coincidente o paralela con el interés general: son actividades positivas desde esta óptica y, por lo mismo, la Administración se limita a estimularlas y a prevenir desviaciones en su realización. La mayor parte, sin embargo, son actividades que poseen una potencialidad lesiva para el interés general: por ello, la Administración las somete a ordenación, planificación, dirección, limitación, control u orientación: las condiciona, en una palabra, con el fin de evitar que produzcan perjuicio al interés general. Toda esta labor de condicionamiento de las conductas privadas es, precisamente, el contenido de la actividad administrativa de ordenación.

³²⁰ FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., y NOGUERÍA LÓPEZ, A., “Aspectos jurídicos de un desarrollo turístico sostenible”, *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, 2001, pág. 256.

por parte del ordenamiento jurídico³²¹. Algo de lo que ya tenemos sobrada experiencia en este país³²².

Pero es que, además, no vale con cualquier intervención administrativa. Esta ha de ser eficaz en el cumplimiento de sus objetivos encomendados por el ordenamiento jurídico. Por tanto, no será suficiente cualquier medio o instrumento de intervención, sino el más adecuado para alcanzar los fines encomendados a la Administración³²³. De otra forma no se estaría promoviendo una protección real de los intereses generales.

Bien es cierto que siempre habrá de tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad y menor menoscabo posible a la libertad de los particulares³²⁴. Pero la presencia de la Administración no puede ser meramente simbólica. Sino activa y eficaz. La intervención propia de un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1.1. de la Constitución). No se puede defender, en este sentido, la necesidad de una Administración neutral, aséptica³²⁵.

³²¹ Lo indica muy claramente el profesor de la Universidad de Zaragoza, Fernando LOPEZ RAMÓN, “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pág. 47, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de noviembre, donde se lleva a cabo una interpretación del artículo 45 de la Constitución “En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de su producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar la mejor calidad de vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como a cualquier otro sector económico”

³²² A este desarrollismo dedica el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, cit., pág. 53-54, una certera crítica.

³²³ BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, pág. 40, “Y es que, efectivamente, la indubitable existencia de intereses generales, en su más noble y amplio significado, continúa explicando y justificando unas Administraciones «poderosas», pero con poderes diferentes o, al menos, utilizados de forma distinta”

³²⁴ SANTAMARIA PASTOR, A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pág. 252, donde se refiere al principio de proporcionalidad y al de *favor libertatis*.

³²⁵ Cabe recordar, en esta línea de pensamiento, lo que manifiesta el Catedrático de la Universidad Complutense, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, cit., pág. 55, “Ojo, por tanto, cuando nos prediquen sin distinguos eso de la neutralidad de la Administración”

Y, ¿Dónde está el punto medio, es decir, el equilibrio entre una actividad eficaz de la Administración y el principio de menor restricción del derecho de los particulares? Pues ahí reside la dificultad fundamental del asunto. Y no es una tarea fácil, sino harto complicada. Pero hay que tratar de alcanzarlo, sin duda. Un trabajo arduo para los servidores públicos, pero muy necesario.

Hay que ser muy cuidadoso, por consiguiente, con las reformas que se han venido promoviendo desde la Unión Europea para liberalizar el sector de los servicios, incluyendo, sin más, al turismo. Hay muchos intereses en juego. Y algunos muy relevantes. Por consiguiente no será adecuada una visión unidimensional de la realidad basada en las expectativas económicas. Es más complejo.

Simplifíquense los procedimientos administrativos, promuévase el uso de las nuevas tecnologías, agilícense los plazos de respuesta y conviértase, cuando sea posible, el silencio administrativo en positivo³²⁶. Pero mucho cuidado con eliminar controles previos sin prever las consecuencias. Mucho ojo, también, con la desregulación de amplios sectores turísticos, como más adelante veremos que ha sucedido.

La presencia de la Administración en el turismo es, por tanto, muy necesaria. Y para que sea eficaz, deberán utilizarse medios certeros.

A continuación, analizaré en qué consiste la intervención administrativa en sector turístico, como se realiza la ordenación del mismo, qué intereses públicos se hallan presentes y qué técnicas se utilizan. En base a ese estudio, se podrá ver con más claridad, en la segunda parte del trabajo, la incidencia que la Directiva Servicios, ha tenido sobre el sector turístico. Estaré en condiciones, entonces, de criticar algunas de

³²⁶ Respecto al silencio administrativo, cabe indicar que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre ha modificado el artículo 42 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre en el sentido de exigir que el silencio negativo venga recogido en una norma con rango de Ley y, además, estar justificado en una razón imperiosa de interés general. Antes de la modificación solo se exigía, para excepcionar la regla general de silencio estimatorio, que el silencio negativo viniese recogido en una norma con rango de Ley. Por consiguiente, se ha modificado la Ley para restringir los supuestos en que el silencio puede ser negativo.

las decisiones que han tomado las comunidades autónomas para llevar a cabo la transposición de la citada norma comunitaria.

2.- Breve referencia al concepto de ordenación.

Antes de analizar la ordenación del sector turístico en nuestro país es necesario, como es lógico, hacer una breve referencia a lo que se va a entender por ordenación.

Cabe comenzar indicando que estamos ante un concepto muy amplio. Entre los diferentes significados que nos ofrece la Real Academia Española de la Lengua³²⁷, me interesan, a estos efectos, aquellos que se señalan a continuación:

“1. f. Disposición, prevención.;

(...)

3. f. Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde.

4. f. Buena disposición de las cosas.

5. f. Regla que se observa para hacer las cosas.

(...)

³²⁷ www.rae.es

La ordenación del sector turístico implica, por consiguiente, el intento de llevar a cabo una disposición adecuada de las relaciones entre los distintos sujetos y objetos que lo componen. Entre los profesionales y empresas, los usuarios y los recursos turísticos. Unas relaciones que, además, deben ser equilibradas sin que ninguno de los elementos tenga preponderancia sobre los demás. En el bien entendido, no obstante, de que algunos elementos, por su fragilidad e importancia deban ser objeto de una mayor atención por parte de aquellos que tienen encomendada su protección. Por ejemplo, el medio ambiente o los derechos de los consumidores y usuarios. Y en algunas ocasiones, también los profesionales y pequeñas empresas.

Y esa adecuada disposición a la que me refiero, se ha de llevar a cabo mediante el establecimiento de reglas generales de conducta de adecuado cumplimiento, es decir, de normas jurídicas que los diferentes sujetos implicados han de observar. Por consiguiente, la ordenación del sector ha de hacerse a través de normas jurídicas. O lo que es lo mismo, del Derecho³²⁸. El Derecho, en este sentido, se va a convertir en el instrumento adecuado y necesario para que el turismo cumpla los objetivos que se consideren óptimos: así, tal y como se ha señalado más arriba, un desarrollo sostenible que, siendo viable desde el punto de vista económico³²⁹ (para lo que ha de cumplir unos mínimos requisitos de calidad) respete, a su vez, el entorno natural y social del territorio donde se produce.

Pero la ordenación del turismo no puede consistir solo en el establecimiento de normas generales de obligado cumplimiento. Debe existir, igualmente, un sujeto que tenga encomendada su observancia por el resto de los protagonistas, así como el cumplimiento del resto de los fines de interés general que se establezcan. Y esta es la

³²⁸ Se puede encontrar una definición de Derecho en LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, séptima edición, 1991, pág. 31, “Con el término Derecho designamos el conjunto de fenómenos sociales entre los que existen unos elementos comunes: el tratarse de normas de conducta obligatoria en una comunidad y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado”.

³²⁹ Lo que significa que debe reportar rendimientos económicos suficientes.

función que tiene encomendada la Administración pública³³⁰. Una misión esencial en un sector tan cambiante y volátil. De ahí que no se pueda prescindir de su presencia, pese a los reiterados intentos en este sentido

De esta forma, se puede deducir que la ordenación del turismo, es decir, el establecimiento de reglas generales de conducta que todos los sujetos implicados han de cumplir para alcanzar los fines de interés general que se consideren necesarios, es una exigencia constitucional. Así, el artículo 148.1.18 de la Constitución, es decir, el precepto que atribuye a las comunidades autónomas las competencias exclusivas sobre turismo, se refiere, en concreto, a la ordenación y promoción del turismo. Es, por consiguiente, algo a lo que no se puede renunciar.

2.1.- Clases de ordenación: ordenación general y ordenación administrativa

Dentro de este concepto de ordenación al que me estoy refiriendo, distingo una ordenación general, de una ordenación particular o concreta. La primera se refiere a la intervención del Estado en general, a través de los diferentes poderes; la segunda, sin embargo, a la actividad que lleva a cabo la Administración pública mediante el ejercicio de las diferentes potestades que le atribuye el ordenamiento.

La primera, la ordenación general, es la que llevan a cabo los todos los poderes públicos del Estado incluyendo, por consiguiente, al Poder Legislativo y al Poder Judicial. La intervención del Poder Legislativo será, en este sentido, esencial. No se debe olvidar que el ejercicio de una actividad turística por un empresario o profesional cae dentro del ámbito de la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la

³³⁰ SANTAMARIA PASTOR, A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pág. 244, indica que “toda organización política se basa en la existencia de un conjunto de intereses generales predefinidos: esto es, la existencia de una imagen predeterminada de cuál sea la situación considerada como óptima (o meramente aceptable) en cada sector de la vida social y económica siempre desde el punto de vista del mayor nivel de bienestar posible de la los ciudadanos. Esto supuesto, es obvio que la actividad de la Administración debe dirigirse a asegurar que la conducta de cualesquiera sujetos se desarrolle de manera conforme a dichos intereses generales; o, al menos que se realice sin causar lesión a los mismos.

Constitución y que, por tanto, su ordenación general debe hacerse mediante una norma con rango de Ley que, en todo caso, debe respetar su contenido esencial³³¹.

Así, actualmente todas las comunidades autónomas, que son las que tienen atribuidas las competencias exclusivas sobre el turismo, como ya se ha mencionado, han aprobado leyes sectoriales sobre la materia que regulan de manera general todo el sector. En estas leyes se lleva a cabo la diferenciación entre las distintas actividades o subsectores que se pueden encontrar y, además, siendo este un dato importante, se habilita de forma general a las correspondientes Administraciones públicas para ordenar de manera concreta el sector a través de los distintos mecanismos previstos en las mismas. Porque, he aquí otra de las esenciales funciones de la Ley en esta materia. La de habilitar a las Administraciones públicas competentes para que puedan intervenir en el sector turístico. Es decir, que rige aquí, como una manifestación del Estado de Derecho, el principio de legalidad³³².

Dentro todavía del concepto general de ordenación nos encontramos con las funciones del Poder Judicial. Bien es cierto que calificar esta labor como ordenación

³³¹TUDELA ARANDA, J., La ley y el reglamento en el Derecho del Turismo, *Documentación Administrativa*, cit., Pág. 109, “La presencia normativa en la actividad turística ha sido intensa, abundante y afectando cuestiones de indudable interés doctrinal. Lo que sí ha sido, desde luego, es un terreno ajeno a la Ley. Las Leyes aprobadas en esta materia han sido muy escasas y puede decirse que hasta la aprobación en 1994 de la Ley general de ordenación del Turismo del País Vasco, han sido leyes organizativas y competenciales. Pero esta ajenidad de la Ley en absoluto ha significado que el turismo estuviese escasamente normado. Al revés, el turismo es un sector en el que la acción administrativa ha sido intensa y abundante. Ahora bien, como ya se ha señalado, es precisamente esa visión economicista del turismo, una visión vigente hasta fechas muy recientes, la que se encuentra en la raíz del dominio histórico del reglamento. En efecto, cuando el poder político ha comprendido que en la actividad turística no solo pueden tenerse como referencia los logros económicos, cuando se ha comprendido la necesidad de equilibrar la política turística con las exigencias medioambientales, cuando se ha comprendido la utilidad del turismo como instrumento de ordenación del territorio o como revitalizador del patrimonio histórico, cuando se ha comprendido la necesidad de convertir a la calidad en referencia básica de la nueva política turística, haciendo, en consecuencia, de la protección del turista o consumidor y usuario principio fundamental, es entonces cuando el poder ha acudido a la ley como instrumento regulador del Derecho del turismo y cuando su estudio ha suscitado mayor interés”

³³²GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 451, El principio de legalidad de la Administración, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.

plantea ciertos problemas, pues por sus propias características, se trata más de aplicar las normas a los casos concretos en los que se haya planteado un conflicto de intereses. Pero no se puede negar la relevancia que puede tener para el sistema esta importante función. Pues se trata en definitiva de poner en tensión los diferentes principios que informan las distintas normas generales. Así, en el sector turístico, por ejemplo, la libertad de empresa con la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores y usuarios. En estos casos el Tribunal correspondiente deberá realizar una ponderación adecuada de ambos intereses y resolver el caso concreto.

Por otro lado nos encontramos la ordenación en sentido concreto, que es a la que nos vamos a referir en este trabajo, y que implica todas aquellas actividades que las Administraciones públicas pueden realizar en el sector turístico para la defensa de los intereses generales. En este sentido, la ordenación se ha venido identificando tradicionalmente con la actividad de policía administrativa³³³, aunque en un Estado Social y Democrático de derecho como es el nuestro, “no hay, ni puede haber, un supuesto poder general de policía o capacidad indeterminada para limitar la libertad de los ciudadanos, sino solo un conjunto más o menos amplio de potestades singulares de intervención, conferidas en cada caso por la Ley”³³⁴.

Se puede hablar, por consiguiente, de una actividad de ordenación de la Administración pública en el sector turístico. Esta actividad de ordenación consistirá en el ejercicio de una serie de potestades concretas otorgadas por el ordenamiento jurídico, para la defensa de los intereses generales³³⁵. Algún autor ha llegado a señalar, con

³³³ SANTAMARIA PASTOR, A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pág. 245, “El que la actividad de ordenación se conozca como actividad de policía es un hecho que sigue teniendo consecuencias jurídicas fundamentales; indagar en su evolución es, pues, necesario”.

³³⁴ SANTAMARIA PASTOR, A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pág. 249.

³³⁵ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Thomson-Civitas, séptima edición., Cizur Menor, 2009, pág. 829. “Toda intervención estatal en el mundo socioeconómico deberá estar justificada en la intención de garantizar como fin última la consecución de interés público, la satisfacción del interés general.”

acierto, que el sector turístico es uno de los ámbitos donde más tempranamente se llama a la Administración a intervenir³³⁶

3.- Objetivos de la ordenación administrativa del sector turístico

Pero, ¿Qué se pretende con la ordenación administrativa del sector turístico? Pues bien, se acaba de hacer referencia a ello: **la intervención administrativa en el sector turístico pretende la defensa y garantía de los intereses generales implicados**³³⁷.

Y esta es labor, fundamentalmente, de la Administración pública. Porque las empresas y profesionales del sector no tienen como objetivo fundamental la defensa de esos intereses generales, sino muy al contrario, persiguen, de forma legítima además, intereses particulares. Un hotel, una empresa de turismo activo, un restaurante, etcétera, se abren para conseguir determinados rendimientos económicos. Cuanto mayor sea el margen de beneficio, mayor será el éxito comercial del establecimiento.

Y para alcanzar esos buenos resultados económicos, es decir, ampliar el margen de beneficio, se pueden hacer dos cosas: incrementar el número de clientes (la demanda turística), o reducir los gastos de producción, lo que puede implicar una reducción de las inversiones en otros aspectos como la seguridad, la calidad, la formación de los trabajadores, la protección del medio natural, etcétera. Esta es la tendencia natural de las empresas privadas, aumentar los ingresos, aunque para ello se pongan en peligro determinados objetivos de interés general. Porque, como ya se ha indicado, este no es el

³³⁶ TUDELA ARANDA, J., “La Ley y el Reglamento en el Derecho del turismo”, cit., pág. 109.

³³⁷ GARCIA MACHO, R., “La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre Derecho estatal, autonómico y local”, en GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dirs.); PETIT LAVALL, M^a V. (Coord.), *Lecciones del Derecho del Turismo*, cit., pág. 21. “...lo que ha originado la creación de la Administración Turística. Su justificación se encuentra en la necesidad de regular el mercado turístico impidiendo situaciones de monopolio, regulando los requisitos de establecimiento de las empresas, de protección del medio ambiente, la ordenación del territorio, la regulación de los derechos de los consumidores...”

objetivo de las empresas privadas. Pero no pretendo decirlo en tono despectivo. En modo alguno. Solo dejo constancia de una realidad empírica. Se ha podido comprobar a lo largo de la historia del turismo en nuestro país.

Y aquí es donde entra la actividad de ordenación de la Administración. A través de los distintos instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico, debe controlar que la demanda no sea superior a la capacidad de carga prevista para el destino concreto, de tal forma que se ponga en riesgo el medio ambiente. O, por otro lado, debe garantizar, igualmente, que las empresas y profesionales accedan al mercado habiendo realizado unas mínimas inversiones que garanticen la seguridad y calidad del servicio turístico. En definitiva, es labor de la Administración encauzar la oferta turística hacia los criterios de desarrollo sostenible, de tal forma que se cumplan los objetivos de interés público preestablecidos³³⁸.

Por ello es tan necesaria, repito, la presencia de la Administración pública en el sector. Y por ello, al contrario, es tan peligrosa la tendencia desreguladora (o desreglamentadora)³³⁹ que desde la Unión Europea se está imponiendo en este ámbito.

Desde luego que debe simplificarse la actuación de la Administración pública en este ámbito. Es una reivindicación ya antigua³⁴⁰. Pero ello no puede implicar, como en

³³⁸ MOLINA DEL POZO, C.F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, cit., pág. 465. La mutua interacción entre las actividades propias del turismo y el territorio justifican una acción pública ordenadora de las incidencias de aquéllas sobre éste. No obstante, en realidad, son múltiples los casos de desarrollo turístico desequilibrado, basado en un crecimiento desordenado y una falta de control, así como en una ocupación intensiva del suelo, que ha dado lugar a fenómenos de masificación, insuficiencia de las infraestructuras, deterioro del paisaje y devaluación de los propios destinos turísticos. Por tanto, se revela necesario ordenar los espacios turísticos en base en una serie de principios fundamentales: la sostenibilidad de cada proyecto turístico, el desarrollo de un turismo de calidad, y el principio de capacidad de carga. El conjunto de estos principios forman la llamada “ordenación turística”.

³³⁹ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, cit., pág. 834, “Por desregulación (o mejor, desreglamentación) se alude [...] a aquellas medidas tendentes a dinamizar la vida económica y que consisten básicamente en la eliminación por parte de la Administración pública de todas las restricciones y imitaciones que afectan al libre desarrollo empresarial. En otras palabras, todas aquellas medidas que suponen una liberalización de la economía”

algún caso está ocurriendo, la desaparición de la Administración pública del sector. Porque la desregulación no es una panacea³⁴¹. Muy al contrario. Significaría que ha vencido una visión economicista del turismo, basada en el objetivo único del mayor rendimiento económico. En definitiva, una vuelta al desarrollismo turístico de los años sesenta del pasado siglo. Una perspectiva donde no se tengan en cuenta los intereses sociales, culturales, medioambientales, etcétera. En otras palabras, una involución del sector.

Y ello implicaría, además, volver la cabeza a una visión del turismo relacionada con la consideración de nuestro país como un Estado Social³⁴². Y es que, el desarrollo turístico en un Estado Social debe cumplir, necesariamente, los criterios de sostenibilidad: respetar el medio ambiente y las culturas y costumbres del destino, ser económicamente viable y garantizar una calidad mínima en los servicios que se ofrecen.

4.- Interés público turístico. Títulos que habilitan para la ordenación administrativa del sector.

A lo largo de los epígrafes anteriores me he venido refiriendo a que la ordenación administrativa del sector, la intervención de la Administración, está justificada en la existencia de unos intereses generales cuya salvaguarda está encomendada constitucionalmente a aquella.

³⁴⁰ El profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ya reclamaba una racionalización administrativa en los primeros años de la Constitución de 1978, incluso antes, por tanto, de la entrada de España en las Comunidades Europeas. Véase, en este sentido, su libro, *El reto de una Administración racionalizada*, Civitas, Madrid, 1983.

³⁴¹ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, cit., pág. 836.

³⁴² El profesor TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit., pág. 548. Hace referencia a la indisoluble relación entre “la trascendencia cultural del turismo y su plausible conexión con el Estado social”.

El respeto y defensa a los intereses generales, no puede encomendarse a las empresas privadas, que persiguen otro tipo de objetivos. Ha de ser la Administración pública, por consiguiente, la que garantice el cumplimiento de esos fines de interés general que, por otro lado, le atribuye la propia Constitución en el artículo 103.1.

Pero ¿Cuáles son esos intereses públicos a los que me refiero? Pues bien, estos intereses públicos están íntimamente relacionados con los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo III del Título Primero de nuestra Constitución. Aunque no solo. Desde luego, la seguridad, la dignidad, la integridad física y moral de los ciudadanos, son intereses públicos que también pueden ponerse en peligro mediante el ejercicio de actividades turísticas³⁴³. Piénsese si no, en aquellos destinos turísticos en los que se fomenta la explotación sexual, el consumo de estupefacientes y alcohol³⁴⁴, o se realizan actividades de turismo activo en las que el peligro es un elemento esencial.

³⁴³ TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit., pág. 550, “El turismo se vincula a conceptos constitucionales como el acceso a la cultura o la adecuada utilización del ocio. la dimensión jurídico-pública del turismo vendrá dada tanto por la ya señalada relación con otros principios constitucionales como conservación del medio ambiente, protección del patrimonio histórico o protección de consumidores y usuarios.

³⁴⁴ En el momento en el que escribo estas páginas, salta a los medios de comunicación la polémica del denominado *Salou Fest*, que cuenta con la colaboración del Ayuntamiento de Salou (Tarragona). El *Salou Fest* consiste en un festival de deporte donde más de 9.500 jóvenes británicos se acercan a la Costa Dorada en busca de un turismo de escasa calidad y a muy bajo coste. De hecho, el traslado desde el Reino Unido se produce en autobús, durante más de doce horas. Este tipo de turismo ha sido muy criticado por el coste social que tiene, ya que genera grandes molestias a los residentes y, sin embargo, no parece que genere grandes ingresos. Además del coste social, la imagen que proyecta la ciudad tampoco parece adecuada. En definitiva, se trata de un turismo insostenible que quieren justificar en el hecho de que genera ingresos y puestos de trabajo en un momento de grave crisis económica como el actual. En este sentido, parece que la crisis todo lo justifica. “Es grande... ha vuelto... y es mejor que nunca!”. Así se publicita el polémico *Salou fest*, que este año llevará a 9.500 universitarios británicos al municipio de la Costa Dorada para participar en un festival deportivo que, en realidad, también entraña largas noches de juerga y desenfreno. Es la edición número 13 y viene marcando récords de alta participación (el año pasado fueron 8.500). Nunca antes se habían apuntado tantos jóvenes al *Saloufest* —en Salou (*Tarragonès*)—, que en su página web asegura ser “el mejor festival del mundo” y garantiza “la mejor semana de tu vida” por poco más de 200 euros.

Los jóvenes, de entre 18 y 25 años, son estudiantes de universidades inglesas, escocesas y galesas. Llegarán en tres tandas: ayer desembarcaron 4.000 participantes tras un largo recorrido desde sus ciudades de origen que muchos realizan en autobús. Los universitarios se alojarán en siete hoteles y apartamentos y permanecerán en Salou hasta el 29 de marzo. Del 1 al 7 de abril les sucederán otro grupo de 4.500 jóvenes. Y, al día siguiente, cogerá el relevo una congregación final de 1.000 estudiantes más. La multitud de universitarios viaja al municipio ávida de diversión, fiesta y sexo. Aunque en sus maletas hacen hueco para la ropa deportiva, ya que durante el día practican deporte. Este año se incluyen dos nuevas modalidades, “el balonmano y la equitación”, según afirma Doreen Straatman, responsable de Sol

Por tanto, existen una serie de intereses públicos cuya defensa está atribuida a la Administración pública y que justifica su intervención en el sector turístico. A muchos de estos intereses públicos nos hemos referido en otra parte de este trabajo. En concreto, en el Capítulo Primero al señalar algunos de los conceptos generales del Derecho del turismo. Ahora los estudiamos desde la perspectiva de títulos habilitantes para la actuación administrativa.

4.1.- El Desarrollo sostenible y calidad turística.

La gran mayoría de las leyes generales de turismo de las comunidades autónomas señalan como objetivo fundamental de la legislación y la política turística la consecución de un desarrollo turístico sostenible. A este concepto ya me he referido y me referiré sin duda, profusamente, a lo largo de este trabajo. Y es que es esencial para lo que aquí se está analizando.

Se trata, como ya he señalado, de un concepto complejo que incluye protección del medio ambiente, defensa de la cultura y costumbres sociales del destino³⁴⁵, viabilidad económica, y todo ello con la necesaria garantía de unos servicios turísticos de calidad. **La calidad, en definitiva, debe ser la guía de cualquier actividad administrativa. Sin calidad no hay satisfacción de usuarios, ni protección del medio**

Active Tours, la empresa organizadora del evento. Sin embargo, gran parte de sus equipajes están repletos de vistosos disfraces porque cuando cae el sol, los miles de jóvenes —en general con poca ropa—, se congregan en las piscinas de los hoteles para luego salir a las calles en busca de alcohol”, www.elpais.es, noticia del 25 de marzo de 2013. Para más información, se puede ver la página del organizador, <http://www.ilovetour.co.uk/tours/sports-tours/saloufest>.

³⁴⁵ Se debe mencionar que otros de los grandes peligros del turismo es la pérdida de identidad de las sociedades receptoras de turistas. Eso también es turismo insostenible. En este sentido, cabe mencionar al premio nobel de literatura Camilo José DE CELA que indicaba, en su obra *Café de artistas y otros cuentos*, Ed. Salvat, Madrid, 1969, pág. 123, un pequeño trabajo titulado “Tascas para turistas” en el que indicaba que “Quizás la mayor sinrazón de los turismos sea la de convertir a los países en su propia estereotipada caricatura. La vocación del turismo tiene sus límites, y las oficinas encargadas de fomentarlo procuran, en el universo mundo, alejárselos todo lo posible”

natural, social y cultural. Sin calidad turística, en fin, no puede haber desarrollo turístico sostenible³⁴⁶.

Y es que la calidad ha de medirse en términos globales. No por servicios turísticos individuales. De ahí que sea un indicativo adecuado de la sostenibilidad del turismo³⁴⁷.

En estos términos, se puede indicar que la calidad, que sirve de cimiento a la sostenibilidad turística, es un título habilitante, uno de los más importantes, que justifica la intervención administrativa en el sector turístico.

4.2.- La protección del medio ambiente.

Me refiero, a continuación, al medio ambiente. El artículo 45 de la Constitución señala que corresponde a los poderes públicos (a todos), fomentar un uso adecuado de los recursos naturales y defender el medio ambiente. La Administración pública deberá, por consiguiente, garantizar que tanto las empresas y profesionales del sector, como los usuarios turísticos, utilicen adecuadamente, de forma racional, el entorno natural. Y para ello el ordenamiento tendrá que dotar a la Administración de los medios más eficaces posibles para conseguir tal objetivo. En este sentido, no vale una posición neutral o pasiva. Debe haber una acción positiva tal y como señala el artículo 9.2 de la Constitución.

³⁴⁶ HORNO OCTVIO, C., “La visión institucional de la política turística”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.) *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 87, “La experiencia histórica del turismo español y el análisis de las tendencias que definen el presente de la actividad turística llevan a la conclusión de que el futuro del turismo español y el mantenimiento de la posición de liderazgo de nuestro país pasa necesariamente por la calidad”.

³⁴⁷ SOLA TEYSSIERE, J., *Ordenación territorial y urbanística de las zonas turísticas*, cit., 36, “la valoración de la calidad que, sobre un determinado producto mantiene los turistas se remite directamente a la vivencia global que hayan experimentado en relación con el conjunto del destino turístico”

De tal forma que la protección del medio ambiente, del entorno natural y urbano, del paisaje, de los ecosistemas, etcétera, sirve de título habilitante adecuado y suficiente para permitir una intervención enérgica de la Administración.

Y la intervención ha de ser adecuada. Debemos tener en cuenta que los daños en el medio ambiente, una vez producidos, son muy difíciles o imposibles de reparar, por lo que tendrán que usar instrumentos de tipo preventivo, es decir, de carácter previo a la actividad que quieran realizar los particulares³⁴⁸.

Y es que en el Derecho medioambiental rige un principio general que hay que tener muy presente: el principio de intervención preventiva de la Administración. Algo que choca de lleno con los nuevos instrumentos de control posterior que se han implantado en el sector turístico como consecuencia de la Directiva Servicios.

Y ello pese a que la propia norma comunitaria considera al medio ambiente como una razón imperiosa de interés general que permite el mantenimiento de los controles previos. Es una manifestación del enfoque ambicioso que nuestros legisladores (Estatual y autonómicos) han adaptado a la hora de transponer la Directiva.

Más adelante estudiaré específicamente en qué consiste y qué efectos perniciosos puede tener ese enfoque ambicioso al que me refiero. Basta decir, por ahora, que se trata de una perspectiva errónea en mi opinión, pues puede implicar el desapoderamiento a las Administraciones públicas competentes de instrumentos eficaces y necesarios para llevar a cabo su misión de protección del medio ambiente.

³⁴⁸ FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., y NOGUERIA LÓPEZ, A., “Aspectos jurídicos de un desarrollo turístico sostenible”, cit., pág. 281, “En la dirección de planificar y alcanzar un turismo ambientalmente sostenible tiene especial relevancia toda una serie de técnicas novedosas de carácter preventivo que pueden completar la protección ofrecida mediante fórmulas administrativas clásicas como las autorizaciones”

4.3.- *La protección de los consumidores y usuarios.*

Otra de las razones más importantes que llaman a la intervención de la Administración pública es la adecuada protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

El consumidor o usuario turístico, es una persona necesitada de especial protección frente a los posibles abusos de los profesionales y empresarios del sector. Y es que, el turista se encuentra fuera de su lugar de residencia habitual, frecuentemente, no conoce el idioma en el que se habla y, además, tampoco conoce los usos y costumbres del lugar. De tal forma que se convierte en una “presa” fácil de aquellos que quieran abusar de su situación.

Pero además, como la calidad del turismo depende en gran medida de la precepción que el turista se haya llevado del destino, hay que cuidar especialmente de que se cumplan sus expectativas para garantizar la adecuación entre la imagen proyectada del destino y la imagen percibida.

Por este motivo, la Administración debe intervenir arbitrando una serie de medidas tendentes a fortalecer la situación del turista y protegerle de esos potenciales abusos. En este sentido, se crean toda una serie de medidas administrativas para dicha defensa. Por ejemplo, la necesidad de disponer de hojas de reclamaciones³⁴⁹ para que los turistas puedan plantear sus quejas, la información anticipada sobre precios, calidad, etcétera.

³⁴⁹ Las primeras manifestaciones de la intervención administrativa en el sector consistieron precisamente en exigir a los dueños de las fondas y casas de huéspedes de llevar un libro con las reclamaciones de los usuarios que eran inspeccionados cada cierto tiempo. Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 121, “El libro de reclamaciones fue instaurado por el Patronato Nacional de Turismo como medio obligatorio para simplificar el trabajo de la inspección en los alojamientos hoteleros y pensiones”.

4.4.- Preservación del patrimonio cultural y monumental

Suele ser habitual hacer referencia al turismo como actividad potencialmente dañina sobre los recursos turísticos. Así ocurre también con el patrimonio histórico y cultural. Si no se arbitran las adecuadas medidas administrativas que protejan frente a un uso abusivo, el patrimonio histórico, en efecto, puede resultar negativamente afectado. Esta es precisamente la labor de la Administración pública en este sentido. Proteger estos recursos turísticos frente a posibles usos inadecuados.

Pero, en este sentido, el turismo no ha de ser visto solo como una actividad que amenaza la supervivencia del patrimonio³⁵⁰. Al contrario, una explotación adecuada de este tipo de recursos puede generar ingresos que sirvan, a su vez, para hacer frente a las inversiones necesarias para su conservación. No se debe olvidar que el mantenimiento de este tipo de bienes, por su antigüedad y estado de conservación, puede ser especialmente costoso. De ahí que la explotación turística adecuada de los mismos pueda servir de fuente de financiación para su mantenimiento³⁵¹.

Así, por un lado, es conveniente fomentar los productos de turismo cultural, la visita de monumentos, etcétera, para generar los ingresos adecuados para su conservación. Pero de forma racional, “pues un turismo incontrolado produce el efecto contrario”³⁵², es decir, daña el recurso de que se trate.

³⁵⁰ Valery PATIN, “Salvar el patrimonio. Cultura y turismo: hacia una economía de mercado”, UNESCO EL CORREO, *Turismo y cultura. Compañeros de ruta*, 1999, pág. 35, “Incluso si se mantiene su ritmo actual de desarrollo, el turismo puede constituir un elemento favorable para el patrimonio, pero siempre que las leyes del comercio se apliquen con prudencia [...] Si se aplicara la Ley del mercado sin limitaciones, existiría el riesgo de que se desarrollaran supermercados de patrimonio, con publicidad en los medios de comunicación, informados y adaptados a la demanda. El patrimonio auténtico se presta poco a esta forma de racionalización”.

³⁵¹ SALGADO CASTRO, A., “La dimensión turística del patrimonio cultural”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 356, “tenemos que abandonar la vieja idea de que el turismo degrada el patrimonio histórico, siempre y cuando la explotación del bien sea la correcta, la que exijan las necesidades del objeto a proteger y disfrutar”

³⁵² UNESCO EL CORREO, *Turismo y cultura. Compañeros de ruta*, cit., pág. 21.

Un ejemplo paradigmático de turismo cultural incontrolado e insostenible es Venecia. Y es que, “la belleza no solo tiene ventajas: Venecia se ha convertido en un punto de destino tan popular que el turismo ha provocado en ella una crisis económica, social y demográfica, pero sobre todo cultural [...] en el centro hay tanta gente que apenas se puede circular [...] los servicios (de las escuelas a los hospitales) fueron expulsados de la ciudad para dar cabida a operaciones más lucrativas como las comidas rápidas y las tiendas de recuerdos, por lo que Venecia logra, cada vez menos, retener a sus habitantes [...] Venecia se encuentra en las antípodas del turismo sostenible”³⁵³.

Pues bien, debe ser la Administración la que evite a toda costa las consecuencias de una explotación desmesurada de estos recursos turísticos. Llegando, si fuera necesario, a limitar el número de visitantes que pretenden acceder a estos recursos. Se trata de realizar una explotación adecuada y mesurada. Que se generen los recursos económicos necesarios para conservar el patrimonio. Pero que el rendimiento económico no se convierta en el principal objetivo de la explotación.

4.5.- Turismo social.

Ya he mencionado en reiteradas ocasiones que las exigencias de que el Estado se configure como un Estado Social afectan de lleno al turismo. La Administración, por consiguiente, como garante de los intereses generales, debe procurar una perspectiva social del turismo.

Turismo social implica que los rendimientos económicos que se generan con dicha actividad económica repercutan, a su vez, en los residentes. Por ejemplo, mediante la inversión en servicios públicos (transporte, sanidad, educación, etcétera). Es

³⁵³ PAOLO RUSSO, A., “Venecia: el turismo destronado”, en UNESCO EL CORREO, *Turismo y cultura. Compañeros de ruta*, cit., pág. 42.

necesario, así, garantizar la solidaridad, es decir, que los beneficios generados sean dispuestos de forma adecuada en beneficio de todos. De tal forma, el turismo se convertiría en un auténtico instrumento de cohesión social y territorial³⁵⁴.

Por otro lado, el turismo no debería ser la única fuente de recursos económicos del destino de que se trate. El denominado monocultivo del turismo, como se ha venido produciendo en muchas ciudades españolas, no es económicamente sostenible. Desde luego que es una importante fuente de ingresos que hay que saber explotar de manera racional. Pero se debe diversificar. En este sentido, las Administraciones públicas deben ser conscientes de esta circunstancia para evitar una excesiva dependencia de este sector económico.

5.- Medios de intervención administrativa en el sector turístico

A lo largo de estos epígrafes me he referido a la necesidad de que la Administración pública intervenga en el sector turístico para alcanzar determinados objetivos de interés público señalados por el ordenamiento jurídico. Hasta ahora, me he venido refiriendo, casi exclusivamente, a aquellos instrumentos de intervención que implican, de alguna manera, una restricción de la libertad y derechos de los particulares, pero es necesario indicar, ya desde este momento, que existen otros instrumentos de intervención administrativa que no suponen tal menoscabo.

Ahora trataré de analizar los diferentes medios e instrumentos de los que dispone la Administración pública para llevar a buen término dicha intervención. En el bien entendido, en cualquier caso, de que tanto la intervención como los medios de los que dispone la Administración, se convierten en potestades administrativas, por lo que deberán venir atribuidas por el ordenamiento jurídico (y, por una norma con rango de

³⁵⁴ BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación del territorio*, cit., pág. 34.

Ley, además, en aquellos supuestos en que la intervención suponga una limitación a la libertad de empresa).

Por otro lado, es necesario recordar que la Administración actúa no con la intención de prohibir o restringir la libertad de los particulares. Este es un medio, un daño colateral, si se me permite la expresión. Lo que pretende la Administración, como no puede ser de otro modo, es alcanzar los fines de interés general que le han sido fijados por el propio ordenamiento jurídico. Cumplir, en definitiva, su función constitucional. Y para ello puede usar todos los instrumentos que el ordenamiento jurídico le ponga a su alcance

En cualquier caso, creo necesario aclarar que, si hasta ahora he dedicado especial atención a los instrumentos administrativos de policía, ha sido porque la norma comunitaria cuyo análisis constituye el objeto de este trabajo, se refiere, en exclusiva a las mismas. En efecto, la Directiva Servicios se refiere fundamentalmente a los instrumentos de control administrativo.

Pero existen, sin embargo, un amplio elenco de medidas que las Administraciones pueden utilizar para el cumplimiento de los fines de interés público. A continuación me refiero a las más importantes³⁵⁵

³⁵⁵ Podemos encontrar una clasificación de las potestades administrativas en el sector turístico en CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, cit., pág. 19. “La actividad administrativa turística se desarrolla en un doble ámbito: actividades y recursos turísticos. Dicha actividad implicará, por tanto, el ejercicio de las siguientes potestades públicas:

- Delimitación de competencias.
- Ordenación del sector turístico empresarial.
- Intervención para la garantía y protección de los derechos del turista
- Formulación, aprobación y ejecución de instrumentos de planeamiento.
- Promoción y fomentos del turismo
- Protección de la legalidad y sanción.

- Reglamentación del sector turístico.
- Planificación turística.
- Control de las actividades turísticas de los particulares. Control previo y control posterior.
- Disciplina turística.
- La actividad inspectora.
- Promoción y fomento de las actividades turísticas.
- La actividad administrativa de prestación del servicio turístico

5.1.- Reglamentación del sector turístico.

Una de las potestades más relevantes de las Administraciones públicas es la potestad reglamentaria, es decir, la posibilidad de dictar normas jurídicas generales de rango inferior a la Ley. En materia turística, esta potestad corresponde a las comunidades autónomas, que son las Administraciones que tienen atribuida constitucional y estatutariamente la competencia. Así pues, son las comunidades autónomas, a través de los órganos competentes, las que pueden aprobar reglamentos para regular las diferentes actividades turísticas.

Los reglamentos, por consiguiente, podrán regular determinados subsectores turísticos. Pero habrá de ser la Ley, tal y como se ha indicado más arriba, la que, en su caso, limite la libertad de empresa de los particulares. En este sentido, el reglamento podrá colaborar con la Ley en la imposición de limitaciones a los particulares para el acceso a las actividades de servicios turísticos. Si puede llevar a cabo esa función de

colaboración respecto a la potestad sancionadora³⁵⁶ (mucho más restrictiva), puede hacerlo igualmente, según entiendo, respecto a las potestades de control (menos restrictiva).

Por consiguiente, las comunidades autónomas podrán regular, mediante normas reglamentarias, las actividades turísticas. Así, se podrán establecer requisitos para el acceso al mercado e imponer condiciones que los promotores deban cumplir. Eso sí, siempre con la previa habilitación legal correspondiente.

Pero es que, además, después de la aprobación de la Directiva Servicios y, sobre todo, del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio³⁵⁷, la potestad reglamentaria de las comunidades autónomas ha adquirido una inusitada importancia.

Sin ánimo de adelantarme a lo que más abajo diré, los nuevos sistemas de control posterior requieren de una adecuada densidad reglamentaria que muchas comunidades autónomas no tienen. Los particulares que quieran indiciar una actividad turística deberán presentar una comunicación previa o/y³⁵⁸ declaración responsable, según los casos. En esa comunicación o declaración, deberán manifestar, bajo responsabilidad, que cumplen determinados requisitos que han de venir recogidos en las normas jurídicas. Pues bien, en muchos casos, dichas normas jurídicas no existen, por lo que nos promotores de estas actividades turísticas no sabrán a qué atenerse.

³⁵⁶ Véase a estos efectos al artículo 129.3 de la LRJPAC.

³⁵⁷ Norma cuya legalidad ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2010.

³⁵⁸ El hecho de que se exija una declaración responsable junto a una comunicación previa depende de la comunidad autónoma en la que estemos. La regulación en este sentido deja bastante que desear, pues muchas autonomías han confundido ambos términos lo que puede generar una importante inseguridad jurídica.

Antes de la derogación del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, las normas reglamentarias del Estado en materia turística se aplicaban supletoriamente, lo que dotaba de cierta coherencia al sistema. Si esas normas se hubieran mantenido, se podrían haber aplicado supletoriamente en aquellas comunidades autónomas que no dispusieran de normas reguladoras de una actividad concreta, en beneficio del principio de seguridad jurídica.

Pero sin embargo, dichas normas se han derogado. Con lo que, en definitiva, se ha producido una grave desregulación de amplios subsectores de actividades turísticas en algunas comunidades autónomas³⁵⁹. Justo, además, cuando han eliminados de forma sistemática los controles administrativos previos. De esta manera, Administración no podrá ejercer adecuadamente sus funciones.

5.2. Planificación turística y su necesaria incardinación en la planificación territorial.

Una de las técnicas administrativas más importantes en el ámbito económico es la de la planificación³⁶⁰. Su importancia ha sido puesta de manifiesto en nuestro país por autores de la talla de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER³⁶¹, quien ha señalado que “la planificación, aun partiendo de la multiplicidad de significados con que

³⁵⁹ El profesor José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ ha puesto de manifiesto esta situación indicando que “la derogación de las normas estatales puede generar algunos problemas para el desarrollo de determinadas actividades turísticas en aquellas Comunidades Autónomas que carecen de regulación específica al respecto, como es el caso de apartamentos turísticos (Castilla y León o Castilla-La Mancha), o de las empresas de restauración Castilla-La Mancha o Navarra). Así véase, PEREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La Directiva de Servicios y Turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de los servicios turísticos y su contribución al incremento de la calidad turística”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24, 2013, pág. 269.

³⁶⁰ Nos referimos a la planificación normativa, es decir, jurídicamente vinculante. Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 83, “La actividad planificadora, como actividad reglamentaria que es...”. Así, cabe hacer referencia, igualmente a GARCÍA SAURA, P. J., *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico del medio-ambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 94, cuando manifiesta que la actividad planificadora de las Administración nace o es consecuencia de la actividad normativa”.

³⁶¹ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa”, cit., págs. 111-143

el propio término es asumido, es hoy técnica esencial y necesaria, inevitable incluso; y ello tanto refiriéndonos a la ordenación de las funciones económicas del Estado, como a un ámbito general y más amplio”

Esto es aplicable, igualmente, al ámbito turístico. La planificación, como técnica administrativa sirve para facilitar el cumplimiento de los fines que se hayan fijado. Y es que, como resultado de un proceso de racionalización³⁶², la planificación sirve, de alguna manera, para abstraerse de los medios concretos. Por lo que facilitará la comprensión general de toda actuación administrativa concreta encaminada a la consecución de una finalidad más general.

En este sentido, esta técnica administrativa resulta especialmente útil para la consecución de los objetivos relacionados con el turismo sostenible, de tal forma que casi todas las comunidades autónoma prevén en sus leyes sectoriales sobre turismo diferentes mecanismos de planificación³⁶³.

Ahora bien, hay que tener en cuenta la especial relación existente entre las actividades turísticas y el territorio donde se llevan a cabo³⁶⁴. De tal forma que “el éxito de la planificación turística dependerá del grado de su inserción en el territorio y de la coordinación que esta logre con respecto al resto de las actividades y servicios que se desarrollen en un territorio³⁶⁵”.

³⁶² MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “Presupuestos político y fundamentación constitucional de la planificación administrativa”, cit., pág. 123.

³⁶³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 83.

³⁶⁴ BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación de territorio*, cit., pág. 63, “La planificación del turismo ha estado conectada desde sus orígenes a la planificación urbana y rural”.

³⁶⁵ BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación de territorio*, cit., pág. 63, “Solo con este planteamiento, mediante la toma en consideración del desarrollo turístico en el ambiente natural y cultural que lo acoge, puede erradicarse el daño al patrimonio natural y cultural que el desarrollo expansivo, sectorial e independiente del turismo provocó en su época de despegue a partir de los años 50.”

En este sentido, no se puede concebir una planificación turística al margen de la planificación u ordenación general del territorio. Tal y como pone de manifiesto el profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, “La planificación turística, como competencia sectorial autonómica, deberá realizarse dentro del conjunto de la ordenación territorial autonómica, integrada, por lo tanto, en la ordenación territorial general”³⁶⁶.

Por consiguiente, planificación turística, sí, pero integrada y coordinada con la planificación territorial.

Además, se ha de hacer referencia al hecho de que la planificación turística, integrada en la planificación territorial, se convierte en un instrumento muy adecuado y eficaz para controlar la capacidad de carga de los destinos turísticos. Mediante la ordenación territorial de limitación³⁶⁷, que posteriormente será analizada más detalladamente, se podrá controlar el crecimiento descontrolado de la oferta y, por consiguiente, encauzar el desarrollo del turismo.

5.3.- Control de las actividades turísticas de los particulares. Control previo y control posterior.

Una de las potestades más características e importantes de las Administraciones públicas en materia turística es la de controlar la actividad de los particulares. Un control que pasa por comprobar el cumplimiento de los requisitos por parte de aquellos

³⁶⁶ BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación de territorio*, cit., págs. 149-150.

³⁶⁷ BOUAZZA ARIÑO, O., *Planificación territorial autonómica*, cit., pág. 110, se podrán alcanzar, más eficazmente, el objetivo del desarrollo turísticos sostenible

promotores de actividades turísticas que quisieran acceder al mercado de prestación de servicios turísticos³⁶⁸.

Esa comprobación puede hacerse con carácter previo al inicio de la actividad de que se trate, en cuyo caso estaremos ante una autorización o licencia previa (autorización o licencia netamente turística)³⁶⁹. O puede realizarse una vez se ha comenzado a prestar el servicio concreto. En este último caso, el particular interesado presenta, antes del iniciar la actividad, una comunicación previa y declaración responsable donde manifiesta sus datos, los datos de la instalación o servicio que vaya a prestar, y declara bajo su responsabilidad que cumple todos y cada uno de los requisitos exigidos por las normas correspondientes. Una vez presentada dicha comunicación con declaración responsable, el promotor puede comenzar a prestar el servicio de que se trate, y la Administración deberá realizar el control posterior en un plazo determinado y razonable para comprobar que los datos manifestados por el particular son correctos y se adecúan a la normativa correspondiente.

La principal diferencia entre estos sistemas de control previo y control posterior es, como se puede fácilmente deducir, el momento en el que se lleva a cabo la comprobación del cumplimiento de los requisitos.

En el caso de las autorizaciones o licencias, la Administración realiza la comprobación anticipadamente al inicio de la actividad. De tal forma que, si se cumplen

³⁶⁸ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., “El marco jurídico de la restauración”, TUDELA ARANDA, J., *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 428, “La mayoría de las leyes autonómicas justifican esta intervención autorizatoria en virtud de una ordenación del sector turístico, centrada en las empresas y establecimientos, es decir, de la oferta turística. En definitiva, se trata de ordenar un sector de iniciativa privada a fin de que se ajusten en su articulación a las demandas de los usuarios y prestar los servicios de forma correcta y ordenada”.

³⁶⁹ En realidad, las autorizaciones turísticas son de las denominadas de tracto sucesivo, es decir, aquellas en que la Administración turística opera un control durante toda la vida de la empresa o profesional turístico. En este sentido, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, pág. 102. Este tipo de autorizaciones suponen en nacimiento de una relación jurídica continuada entre la Administración pública correspondiente y el particular. Se trata de un control más intenso que la simple autorización de inicio y, por supuesto, que los nuevos mecanismos de control posterior, de los que la Administración, de alguna manera, se desentiende.

los requisitos, la Administración dictará un acto administrativo (la autorización o licencia) que sirve de soporte jurídico a la actividad del particular. Así, este dispone de la seguridad jurídica de que la Administración no podrá volverse contra dicho acto, siempre y cuando las condiciones de prestación del servicio turístico se mantengan.

En los controles posteriores (con previa presentación de comunicación previa y declaración responsable) no hay un acto administrativo previo. El particular o empresa interesada en comenzar a prestar un servicio turístico, realiza previamente una labor de interpretación de la norma que ha de aplicarse a la actividad concreta (si es que existe) y, posteriormente, si entiende que cumple los requisitos, así lo manifiesta. No hay, por consiguiente, una actividad administrativa previa de ningún tipo, por lo que tampoco existe el acto administrativo que sirve de soporte jurídico al que la Administración se vincula. Cuando la Administración realice el control posterior (que es obligatorio), no estará sometida a acto administrativo previo alguno. Y podrá realizar una interpretación de la norma distinta a la que haya hecho el particular. Una situación que, claramente, resulta más perjudicial para los particulares.

En definitiva, paradójicamente, un sistema de control administrativo que pretende ser menos restrictivo para los particulares, otorga mayor discrecionalidad a la Administración pública. Desde luego, esto no ocurrirá en aquellos supuestos donde los requisitos, recogidos en una norma jurídica, sean reglados. Pero si se plantearán importantes problemas allí donde no exista norma jurídica que regule tales requisitos. En cualquier caso, en mi opinión, los controles previos dotan de mayor seguridad al sistema que los controles posteriores.

Pues bien, dicho esto, y sin perjuicio de que me refiera a ello más adelante de manera detallada, todas las comunidades autónomas sin excepción³⁷⁰, y por mor de la Directiva Servicios, han adoptado como sistema general de acceso a las actividades

³⁷⁰ Existen, como se verá, algunas excepciones referidas a determinadas actividades turísticas concretas.

turísticas los sistemas de comunicación previa y control posterior. Y todo ello, sin hacer una previa ponderación de los diferentes intereses en juego.

Y me parece un tremendo error. Si la Administración debe cumplir su finalidad esencial de servir los intereses generales, en este caso concreto un desarrollo turístico sostenible, habrá que dotarla de los medios eficaces³⁷¹. Y los controles posteriores no son tan eficaces como los sistemas de control previo. Y además, tal y como he manifestado, tampoco suponen una mayor libertad para los particulares.

Y mucho menos si, como ha ocurrido en la mayoría de las comunidades autónomas, y como más adelante se analizará, no se ha realizado una adecuada configuración jurídica de los controles posteriores a las comunicaciones previas y declaraciones responsables. Como su propio nombre indica, los nuevos sistemas de control posterior implantados en las comunidades autónomas como consecuencia de la Directiva Servicios, suponen que, una vez presentada la respectiva comunicación/declaración, la Administración deberá llevar a cabo una comprobación del cumplimiento de los requisitos manifestados. Y aquí radica una de las principales fisuras del sistema. Muy pocas leyes autonómicas establecen una adecuada regulación del control posterior. No se regulan los plazos mínimos ni los medios para llevarlos a cabo.

Y es que, la mayoría de las regiones han confundido este control posterior con las inspecciones que la Administración turística puede llevar a cabo una vez se ha iniciado la actividad turística. Aunque se asemejan mucho en el contenido y los medios para llevarlo a cabo, son dos cosas absolutamente diferentes. **Por referir una de las importantes diferencias, se puede indicar que mientras los controles posteriores se han de llevar a cabo en todos los casos, las inspecciones son aleatorias y no las han de soportar todas las empresas y profesionales.**

³⁷¹ Conviene recordar, en este sentido, el artículo 103.1 de la Constitución Española donde se establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales de acuerdo con el principio de eficacia.

5.4.- Disciplina turística.

Por disciplina turística se entiende la potestad³⁷² que corresponde a la Administración pública para imponer determinadas consecuencias negativas (sanciones) a los particulares por la comisión de infracciones administrativas. Infracciones administrativas³⁷³ relacionadas con las actividades turísticas y que, en virtud del principio de legalidad que rige en la materia, han de venir recogidas, junto con las sanciones, en una norma con rango de Ley³⁷⁴.

Precisamente, como consecuencia de ese principio de legalidad, se dictaron las primeras leyes autonómicas en la materia. Las comunidades autónomas tuvieron que aprobar normas sobre disciplina turística para dar cumplimiento al artículo 25 de la Constitución³⁷⁵. Y de esta manera, ejercieron por primera vez su competencia legislativa sobre la materia.

Además, la potestad disciplinaria cumple también una importante función de política turística, pues trata de garantizar que se cumplan los objetivos correspondientes relacionados con el desarrollo sostenible del turismo, imponiendo determinadas sanciones a aquellos particulares que comentan alguna infracción administrativa. Por infracción administrativa se habrá de entender la acción u omisión tipificada como tal y sancionada en la correspondiente Ley, cometida por los titulares de las actividades turísticas privadas³⁷⁶.

³⁷² Sobre la potestad sancionadora, véase GARCIA DE ENTERRÍA., E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., págs. 163 a 207.

³⁷⁴ La potestad sancionadora de la Administración está reconocida en el artículo 25 de la Constitución Española.

³⁷⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, págs. 135-136.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, pág. 138.

Lógicamente, las infracciones administrativas están relacionadas con actos u omisiones de los particulares que perjudiquen determinados bienes jurídicos que se consideran necesitados de especial protección: los derechos de los turistas, el medio ambiente, la calidad de los servicios, etcétera. De ahí que tan necesaria un adecuado sistema de disciplina turística.

Sistema que, ahora, después de las modificaciones efectuadas por la Directiva Servicios deberá ser reforzado para, en su caso, recoger como infracciones administrativas aquellos actos de los particulares tendentes a burlar los sistemas de control posterior³⁷⁷.

No obstante, en ningún caso debemos olvidar que la potestad sancionadora ha de ser una actividad administrativa subsidiaria. Es decir, **el deber de la Administración pasa por evitar, mediante una adecuada actividad preventiva, que se pueda producir algún tipo de daño a los intereses generales turísticos**. Y es que “la esencia de la policía administrativa se encuentra en su elemento preventivo, pues el factor represivo no deja de ser un complemento (indispensable, eso sí) para hacer efectivo el control”³⁷⁸.

Sin perjuicio de que esta idea sea desarrollada más adelante, cabe indicar que esta tesis casa mal con los nuevos sistemas de control posterior que implanta la

³⁷⁷ Así lo ha puesto de manifiesto Ricardo RIVERO ORTEGA, en “La transposición de la Directiva Servicios en España, cit., pág. 85. En este sentido, algunas comunidades autónomas han recogido en sus leyes sectoriales estos actos como infracciones administrativas. Por ejemplo, la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia, recoge en su artículo 110, como infracción grave: La realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso; o, la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documentos que se comuniquen o incorporen los promotores de actividades y servicios turísticos en sus declaraciones responsables, o la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura, que señala en su artículo 103, como infracciones graves: La falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa o el incumplimiento durante la vigencia del ejercicio de la actividad o prestación del servicio de los requisitos y condiciones que se manifestó que se cumplieran en la declaración responsable o comunicación previa, entre otras.

³⁷⁸ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 60.

Directiva y sus normas de transposición. La actividad preventiva de la Administración pública queda en un segundo plano si el control no se va a efectuar hasta que los titulares de la actividad no hayan empezado a realizar la actividad y, por consiguiente, cuando el daño se haya podido producir³⁷⁹.

5.5.- *La actividad inspectora de la Administración turística.*

Se trata de otra de las potestades administrativas que puede limitar la libertad de los titulares. En el sentido de que tienen que soportar una actividad administrativa tendente a comprobar que las empresas y profesionales cumplen los requisitos establecidos en las normas. Y para ello será necesario, en ocasiones, la entrada de los inspectores en los correspondientes establecimientos, así como el registro de archivos, visado de documentos, etcétera.

El profesor BERMEJO VERA, ha definido la actividad administrativa de inspección como aquellas “actuaciones más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas”³⁸⁰.

De lo anterior se deduce que esta actividad inspectora, al igual que la sancionadora, deberá incrementarse ante los nuevos sistemas de control posterior

³⁷⁹ En este sentido se manifiesta también el profesor Francisco Javier MELGOSA ARCOS, “El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo rural: fomento, sostenibilidad y libre acceso”, AGUADO I DUDOLÀ, V. y CASANOVAS I IBÀÑEZ, O., (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, cit., pág. 99, cuando indica que “se deduce claramente que otra consecuencia que genera la DSMI (Directiva Servicios), es la primacía del control represivo *a posteriori*”.

³⁸⁰ BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, cit., pág. 41.

impuestos por la Unión Europea. Ya que, en principio, de trata de una relajación del control administrativo del acceso a las actividades turísticas³⁸¹.

Lo que no puede hacerse, en mi opinión, es confundir, como algunos autores hacen, la actividad administrativa de inspección con el control posterior. Ya lo he indicado más arriba, son cosas diferentes. Aunque materialmente se trate de lo mismo: comprobar el cumplimiento de los requisitos por parte de los profesionales y empresas.

La principal diferencia radica, a mi modo de ver, en que **mientras el control posterior es un sistema indisolublemente unido a las comunicaciones previas y declaraciones responsables, que se ha de llevar a cabo en todos los casos cuando se haya iniciado una actividad turística, y en un plazo razonable; la actividad inspectora no ha de realizarse en todos las actividades, es aleatorio, y, además, puede llevarse a cabo varios años después de iniciar la actividad correspondiente**³⁸².

Cuestión distinta será, como ya he dicho, que ambas actividades, el control posterior y la inspección, sean materialmente similares y se puedan llevar a cabo con los mismos medios personales y materiales y por la misma Administración pública. Pero se trata de actividades administrativas esencialmente distintas.

5.6.- Fomento y promoción de las actividades turística

³⁸¹ MELGOSA ARCOS, F. J., “El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo rural: fomento, sostenibilidad y libre acceso”, AGUADO I DUDOLÀ, V. y CASANOVAS I IBÀÑEZ, O., (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, cit., pág. 99, “podemos concluir que será necesario un nuevo sistema de inspección, o una reestructuración del actual sistema”.

³⁸² Una manifestación de la vinculación continua que une a los empresarios y profesionales turísticos con la correspondiente Administración.

Cuando se habla de fomento y promoción de las actividades turísticas se trata, en realidad, de dos actividades diferentes.

El fomento, según la clásica clasificación efectuada por JORDANA DE POZAS, “La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate. Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”³⁸³.

En este sentido, el fomento administrativo parece el método idóneo para acabar con la tensión entre libertad de empresa e intervención de las Administraciones públicas. El problema fundamental radica en que la experiencia demuestra que, sin un efectivo control administrativo, los intereses públicos turísticos pueden resultar negativamente afectados³⁸⁴. De ahí que se considere imprescindible mantener un alto y eficaz grado de intervención administrativa en la materia.

El fomento administrativo del turismo aparece muy tempranamente en nuestro país. De hecho, se considera como la primera actividad administrativa que se llevó a cabo³⁸⁵. No en vano, la primera organización administrativa dedicada en exclusiva al

³⁸³ JORDANA DE POZAS, “Ensayo para una teoría del fomento administrativo”, cit., pág. 46.

³⁸⁴ NOGUERIA LÓPEZ, A., “La ordenación del territorio y los recursos turísticos”, TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 186, “La tozuda realidad muestra como la actividad turística suele desarrollarse al margen y con anterioridad a cualquier tipo de planificación territorial y que esta se produce, excepcionalmente, en momentos muy tardíos y cuando el desarrollo turístico es tan intenso que únicamente se puede aspirar a paliar los problemas generados por un crecimiento desequilibrado fruto de múltiples decisiones individuales”

³⁸⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 70, “El análisis de la evolución histórica de las administraciones turísticas surgidas en el seno de la Administración pública dando respuesta al fenómeno turístico en nuestro país, fueron consecuencia básicamente del interés por suplir de algún modo la falta de iniciativa privada en la inversión turística. De tal forma que la actividad

fenómeno turístico se denominó, como ya se ha indicado, Comisión Nacional para el Fomento del Turismo³⁸⁶.

Pero las modalidades de esta actividad de fomento administrativo han sido, y siguen siendo, muy variadas³⁸⁷: premios, concursos, fiestas de promoción y distinción, ayudas, becas, subvenciones, etcétera. En definitiva, tal y como señala la profesora Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “en todo caso el incentivo económico constituye para la empresa turística la medida de fomento más utilizada, puesto que sin duda es el procedimiento más eficaz de ayuda al sector y a su vez, como ha percibido S. MARTÍN RETORTILLO, supone un direccionamiento y control de esa actividad económica por los cauces que desea la Administración”³⁸⁸

Pero esta actividad de fomento no solo se puede utilizar para incentivar la participación privada en el turismo. También puede tener el objetivo contrario, es decir, impedir que la oferta turística crezca en un determinado destino si no va a cumplir determinados requisitos. En definitiva, por medio de estas medidas denominadas de “contrafomento”, se va a desincentivar que los particulares creen nuevos establecimientos turísticos en un determinado territorio³⁸⁹.

administrativa originaria en materia turística fue básicamente de esta naturaleza y no de control o sanción, como más adelante se irá consolidando a partir de la guerra civil”

³⁸⁶ Se debe poner de manifiesto que “Debe subrayarse como nos encontramos ante una de las primeras ocasiones en las que el poder público usa la forma de entes instrumentales para lograr sus fines”, TUDELA, ARANDA, J., “La organización administrativa del turismo”, en GARCÍA MACHO, R., RECALDE CASTELLS, A. y PETIT LAVALL, V., *Lecciones de Derecho del Turismo*, cit., pág. 49.

³⁸⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 72, “En todo caso, cualquier tipo de actividad administrativa sobre el turismo tiene potencialidad para su fomento, en la medida que resulta evidente que la reglamentación, el arbitraje y, desde luego, su planificación, control y sanción administrativas tiene su objeto genérico, aunque indirecto, la prestación de un servicio de calidad, aspecto que constituye el objeto inmediato e la medida de fomento administrativo.”

³⁸⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 71.

³⁸⁹ En este sentido, la profesora Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo del turismo*, pág. 78, establece que el mecanismo de autorización turística es un mecanismo de “contrafomento”. En efecto, puede ser considerado como tal, pero, en realidad, parece que lo más correcto es considerarlo como un instrumento de control administrativo.

Y estas son las medidas que ahora interesan, en el bien entendido de que pueden facilitar el control de la calidad de los servicios turísticos en un determinado destino. Y es que, si no se puede controlar el acceso a las actividades turísticas con carácter previo, se podrá, al menos, desincentivar económicamente la expansión de determinada oferta turística que no se considere adecuada para el territorio de que se trate. Así, se trata de una intervención administrativa mucho menos eficaz que el control previo directo pero, al menos, sirve para garantizar ciertos niveles de calidad. En cualquier caso, tanto en las medidas de fomento como las de “contrafomento”, habrá que garantizar el cumplimiento de las normas comunitarias relativas a las ayudas públicas a empresas nacionales, teniendo en cuenta que rige, de manera estricta, el principio de no discriminación.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la actividad de promoción que llevan a cabo las Administraciones públicas. Por promoción se ha de entender todas aquellas actividades administrativas encaminadas a incrementar las corrientes turísticas hacia un determinado destino. En este sentido, las Administraciones públicas pueden realizar campañas de publicidad en los diferentes medios de comunicación, tal y como se ha venido realizando de forma habitual desde hace años.

Resulta especialmente interesante a estos efectos la promoción que hacia el exterior se puede hacer de determinados destinos turísticos. Y es que, por un lado, hay que tener en cuenta que estamos ante una competencia exclusiva de las comunidades autónomas³⁹⁰; pero por otro, no se puede negar cierto nivel de competencia al Estado ya que a él le corresponden, de forma exclusiva, las relaciones internacionales³⁹¹.

En este sentido, pese a que no se puede negar dicha competencia de promoción a las comunidades autónomas, deberían, como es lógico, hacerla de forma coordinada con

³⁹⁰ El artículo 148.1.18 de la Constitución, tantas veces citado, habla de la ordenación y la promoción del turismo.

³⁹¹ Así lo establece el artículo 149.1.3º.

el Estado para así alcanzar mayor eficacia y una difusión más adecuada. Y viceversa, es decir, cuando el Estado haga una campaña de promoción hacia el exterior, debería tener en cuenta, igualmente, a las comunidades autónomas. Estoy pensando ahora en la política pública sobre la “Marca España”³⁹², que si bien no se refiere de forma exclusiva al turismo, no se le puede negar cierta repercusión en este sector económico.

Pues bien, en este sentido, el Gobierno de España no ha tenido en cuenta a las regiones a la hora de elaborar y ejecutar esta política, algo que no tiene demasiado sentido en un Estado complejo como el nuestro. Y es que, pese a que sean numerosas las críticas que ha recibido el Estado Autonómico en los últimos tiempos, lo cierto es que la Constitución Española establece este modelo de Estado y debemos ser consecuentes³⁹³ con él. De otra forma se estaría vulnerando el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido.

Otro de los aspectos más relevantes de la promoción turística reside en la imagen del destino que se proyecta. Hay que tener en cuenta que el nivel de calidad que perciben los usuarios depende del nivel de satisfacción obtenida. Y para medir ese nivel de satisfacción hay que tener en cuenta el desfase entre la imagen proyectada y la satisfacción real del turista. De ahí que, pese a lo que suele ser habitual, lo más correcto será proyectar una imagen del destino lo más adecuada posible a la realidad.

5.7.- La actividad administrativa de prestación del servicio turístico

Voy a analizar en este epígrafe aquellos supuestos en los que la Administración pública ejerce directamente un servicio turístico.

³⁹² Si se observa la página web de la Marca España, se puede observar que no se hace ninguna referencia a las diferentes comunidades autónomas. www.marcaespaña.es.

³⁹³ Una de las críticas más autorizadas la ha realizado el profesor Santiago MUÑOZ MACHADO en *Informe sobre España*, Ed. Crítica, Barcelona, 2012.

Antes de analizar los supuestos actuales de prestación pública de servicios turísticos, conviene realizar un breve análisis histórico de estos servicios de titularidad pública.

Tradicionalmente, y desde los orígenes del moderno turismo, la Administración pública ha venido prestando directamente servicios turísticos. Así, uno de los motivos para la creación de la primera organización administrativa dedicada al turismo, la Comisión Nacional para el Fomento del Turismo, tiene su justificación, precisamente, en la necesidad de incentivar las inversiones privadas en el sector, algo que, en ese momento, estaba realizando el sector público fundamentalmente³⁹⁴.

Pero esta situación se agudiza después de la Guerra Civil. Y es que la prestación de servicios turísticos llega a convertirse en una actividad casi monopolizada en manos del Estado. Desde luego, el Gobierno de entonces se percató de la importancia económica de este sector e intentó acaparar la prestación de servicios y, por consiguiente, los rendimientos económicos que se generaban.

De hecho, el Estado llegó incluso a reservarse el uso de la palabra “turismo”, en una de las intervenciones estatales más intensas que puede se han conocido a lo largo de la historia del turismo moderno³⁹⁵. Podemos hablar así, en realidad, de una labor de

³⁹⁴ En la Exposición de Motivos de esta norma se hace referencia a esta circunstancia cuando se pone de manifiesto que “[...] y, sin embargo, estas incursiones de extranjeros no han logrado la debida importancia, a causa, sin duda, de incurias y apatías lamentables, hijas de nuestro carácter nacional.

Función propia de la iniciativa privada debe ser aquí, como lo ha sido en otras naciones, impulsar y desarrollar el turismo; pero ante la falta de esa acción social, el Estado se cree en el deber de dar el ejemplo y de estimular a todos en la tarea patriótica de fomentar las incursiones de extranjeros en nuestra patria”

³⁹⁵ Reglamento sobre el uso de la palabra “Turismo”, aprobado por una Ley de 5 de noviembre de 1940, dando lugar a una de las intervenciones más intensas en este sector, pues el propio Estado monopolizaba el uso de la palabra, prohibiendo a otros establecimientos hoteleros de iniciativa privada utilizar la misma para indicar el carácter de su actividad.

contención de la iniciativa privada, que, según el Estado, pretendía aprovecharse de la labor efectuada desde el sector público³⁹⁶.

Así, no es hasta el año 1962, con el informe del Banco Mundial sobre la economía de nuestro país, cuando se pone de manifiesto, por un órgano internacional e independiente, esta situación³⁹⁷. Pero pese al informe, el Estado continuó prestando estos servicios de forma directa e, incluso, incrementó su presencia. Así, se incrementa la Red de Alojamientos Propiedad del Estado (que posteriormente se convertirá en Paradores de Turismo de España Sociedad Anónima, a la que inmediatamente me referiré); y se crea la Empresa Nacional de Turismo, una sociedad por acciones, participada mayoritariamente por el Instituto Nacional de Industria³⁹⁸, entre otras acciones.

³⁹⁶ Llama la atención lo que se dice en la Exposición de Motivos del Decreto de 4 de abril de 1952, por el que se regula la denominación e instalación de Albergues y Paradores: “se pretendía evitar el aprovechamiento ilícito por parte de la iniciativa particular de las corrientes de turismo que el prestigio de los establecimientos oficiales había creado e impedir que el esfuerzo y el capital privado se esterilizaran en una competencia en lugares ya servidos, mientras todavía existían puntos de interés turístico carentes de servicios de hospedaje. Véase, en este sentido, PELLEJERO MARTÍNEZ, C., “Organización administrativa e intervención del Estado en el sector turístico: 1951-1977”, cit., pág. 84.

³⁹⁷ En 1962, el Banco Mundial, a petición del Gobierno español, emite un informe sobre el grado de desarrollo de la economía española. El capítulo diecisiete de dicho informe (Chapter 17, pág. 377 a 388) está titulado, precisamente, “The international tourist trade”. En estas páginas, aunque se decían cosas interesantes con respecto al sector turístico español de la época, defraudaron a la mayoría por lo poco elaborado y la brevedad que dedicaban a una industria tan sumamente importante para la economía española como era la turística. Una de las situaciones sobre la que más incidencia se hizo fue, precisamente, la prestación directa de servicios turísticos por el Estado. El Banco Mundial hizo una crítica importante al intervencionismo administrativo en la materia y, sobre todo, a la actuación directa de la Administración española en el sector turístico, a través de los distintos entes creados al efecto, puesto que, según el informe, de esta forma se desinhibía la iniciativa privada, auténtico motor económico de un país que, como España, pretendía sumergirse en la economía de mercado. No se trataba de evitar cualquier intervención del Estado no debiese ejercer ciertas actividades, que por otro lado son necesarias (como la promoción internacional o el fomento de la iniciativa privada), pero no de forma tan intensa como se hacía en España. Así se manifestaba en el propio informe, página 379 y 380: “To meet all the requirements of continued expansion, vigorous action both by the Government and by tourist trade will, as we have stated, be necessary [...], To do so, the Government must concern itself with such collective needs as providing national publicity and tourism information and with the reasonable regulation of the industry in such fields as tourist prices. It should encourage investment in hotels and other tourist facilities but should only intervene directly where private initiative and capital are not forthcoming”.

Puede consultarse este informe en la página web del Banco Mundial, <http://www-wds.worldbank.org>

³⁹⁸ Decreto de 28 de noviembre de 1963.

En la actualidad, la Constitución Española, además de establecer la libertad de empresa en su artículo 38 como un derecho de los particulares, reconoce la iniciativa pública en la actividad económica en el artículo 128.2³⁹⁹. De esta forma, refiriéndonos al sector turístico, es constitucional la prestación de servicios turísticos por el sector público.

Así, de hecho se hace, aunque de forma absolutamente subsidiaria. Por un lado, se prestan servicios de información turística a través de Red de Oficinas de Turismo. Por otro, el Estado, mediante la prestación de servicio de alojamiento turístico (y hostelería) a través de la sociedad mercantil Paradores de Turismo de España, S.A.

Respecto a la información turística que prestan las oficinas de turismo, se debe indicar que no se trata de un servicio turístico propiamente dicho, aunque complementa otros servicios relacionados, con lo que se trata de una verdadera actividad de prestación⁴⁰⁰.

En este sentido, todas las Administraciones públicas han creado su propia red de oficinas de turismo para realizar esta labor de información (Estado, comunidades autónomas y muchos municipios). Cabe destacar, por su importancia, las Oficinas de Turismo de España en el extranjero, que son servicios de la Administración del Estado en el exterior y que dependen, conjuntamente, de TURESPAÑA⁴⁰¹ y de los jefes de misión diplomática de cada país⁴⁰². Más que una labor de información, se encargan de la

³⁹⁹ Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, pág. 95.

⁴⁰¹ TURESPAÑA, o Instituto de Turismo de España, es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión

⁴⁰² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, pág. 95.

promoción del turismo de nuestro país en el extranjero. Y para ello deben coordinarse con las restantes Administraciones públicas con competencia en la materia.

Por otro lado, debemos referirnos a Paradores de Turismo de España, S.A, que es una sociedad mercantil íntegramente participada por el Estado⁴⁰³ que se encarga de la prestación de servicios turísticos de alojamiento y restauración.

Esta empresa pública tiene su origen en la Red de Paradores Nacionales y Albergues de carretera inaugurada por el Marqués de la VEGA-INCLÁN en octubre de 1927, para completar la oferta turística de nuestro país, que por aquel entonces resultaba muy escasa.

El primer Parador Nacional de la Red, que aún en la actualidad se encuentra en funcionamiento, fue el Parador Nacional de Gredos, inaugurado en 1927 por el Rey Alfonso XIII, enclavado en el término municipal de Navarredonda (Ávila), en plena Sierra de Gredos, y que va a pasar a la historia no solo por ser el primero de una amplia Red de Paradores Nacionales, sino porque en él se llevaron a cabo los principales debates que dieron lugar a nuestra Carta Magna de 1978⁴⁰⁴.

⁴⁰³ La Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamientos de la Administración General del Estado, señala, en relación a las entidades públicas empresariales que:

Sociedades mercantiles estatales. Redacción según Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

1. Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se registrarán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

⁴⁰⁴ La Red de Paradores se completa hoy día con los siguientes: Parador de Aiguablava (Girona); Parador de Alarcón (Cuenca); Parador de Albacete (Albacete); Parador de Alcalá de Henares (Madrid); Parador de Alcañiz (Teruel); Parador de Almagro (Ciudad Real); Parador de Antequera (Málaga); Parador de Arcos de

La principal cuestión que suscitan en la actualidad estos establecimientos es el de la Administración competente para gestionarlos. Paradores de Turismo de España es, tal como se ha indicado, una empresa pública del Estado, es decir, dependiente de la Administración General de Estado. Sin embargo, tal y como he señalado en reiteradas ocasiones, el turismo es una competencia exclusiva de las comunidades autónomas.

A la vista de esto ¿No debería transferirse la gestión de Paradores de Turismo a las comunidades autónomas? Pues bien, la cuestión no se ha solucionado todavía. Y ello pese a que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse ante la presentación de un conflicto positivo de competencias de la Junta de Galicia frente al Estado resuelto por la Sentencia 193/1990, de 29 de noviembre. El origen del conflicto se halla, precisamente, en la omisión, por parte del Estado, del traspaso o transferencias de las funciones, servicios y medios materiales y personales en materia de Red de Paradores

la Frontera (Cádiz);Parador de Argómaniz (Álava); Parador de Arties (Lleida);Parador de Ayamonte (Huelva); Parador de Baiona (Pontevedra);Parador de Benavente (Zamora); Parador de Benicarló (Castellón);Parador de Bielsa (Huesca); Parador de Cáceres (Cáceres); Parador de Cádiz (Cádiz); Parador de Calahorra (La Rioja);Parador de Cambados (Pontevedra);Parador de Cangas de Onís (Asturias);Parador de Cardona (Barcelona);Parador de Carmona (Sevilla); Parador de Cazorla (Jaén);Parador de Cervera de Pisuerga (Palencia)Parador de Ceuta (Ceuta);Parador de Chinchón(Madrid);Parador de Ciudad Rodrigo (Salamanca);Parador de Córdoba (Córdoba); Parador de Cruz de Tejeda (Las Palmas); Parador de Cuenca (Cuenca); Parador de El Hierro (Santa Cruz de Tenerife); Parador de El Saler (Valencia); Parador de Ferrol (A Coruña); Parador de Fuente Dé (Cantabria); Parador de Gijón (Asturias); Parador de Granada (Granada); Parador de Guadalupe (Cáceres); Parador de Hondarribia (Guipúzcoa); Parador de Jaén (Jaén); Parador de Jarandilla de la Vera (Cáceres); Parador de Jávea (Alicante); Parador de La Gomera (Santa Cruz de Tenerife); Parador de La Granja (Segovia); Parador de La Palma (Santa Cruz de Tenerife); Parador de La Seud'Urgell (Lleida); Parador de Las Cañadas del Teide (Santa Cruz de Tenerife); Parador de León (León); Parador de Lerma (Burgos); Parador de Limpias (Cantabria); Parador de Lorca (Murcia); Parador de Málaga Gibralfaro (Málaga); Parador de Málaga Golf (Málaga); Parador de Manzanares (Ciudad Real); Parador de Mazagón (Huelva); Parador de Melilla (Melilla); Parador de Mérida (Badajoz); Parador de Mojácar (Almería); Parador de Monforte de Lemos (Lugo); Parador de Nerja (Málaga); Parador de Olite (Navarra); Parador de Oropesa (Toledo); Parador de Plasencia (Cáceres); Parador de Pontevedra (Pontevedra); Parador de Puebla de Sanabria (Zamora); Parador de Puerto Lumbreras (Murcia); Parador de Ribadeo (Lugo); Parador de Ronda (Málaga); Parador de Salamanca (Salamanca);Parador de Santiago de Compostela (A Coruña); Parador de Santillana del Mar (Cantabria); Parador de Santillana Gil Blas (Cantabria); Parador de Santo Estevo (Ourense); Parador de Segovia (Segovia); Parador de Sigüenza (Guadalajara); Parador de Soria (Soria);Parador de Sos del Rey Católico (Zaragoza); Parador de Sto. Domingo Bernardo de Fresneda (La Rioja); Parador de Sto. Domingo de la Calzada (La Rioja); Parador de Teruel (Teruel); Parador de Toledo (Toledo); Parador de Tordesillas (Valladolid); Parador de Tortosa (Tarragona); Parador de Trujillo (Cáceres); Parador de Tui (Pontevedra); Parador de Úbeda (Jaén); Parador de Verín (Ourense); Parador de Vic - Sau (Barcelona); Parador de Vielha (Lleida); Parador de Vilalba (Lugo); Parador de Villafranca del Bierzo (León) Parador de Zafra (Badajoz); Parador de Zamora (Zamora).

Nacionales de Turismo sitios en Galicia y el Hostal de los Reyes Católicos en Santiago de Compostela.

La Junta argumenta que es competente para gestionar la Red de Paradores de su territorio dado que tiene competencias constitucionales y estatutarias para ello⁴⁰⁵. El Estado, por su parte, establece que la vía utilizada para reclamar esa competencia, el conflicto positivo ante el Tribunal Constitucional, no es la adecuada, pues en realidad se debería haber planteado un conflicto negativo.

El Tribunal Constitucional en su sentencia (de la que fue ponente el profesor Francisco TOMÁS Y VALIENTE no entró en el fondo del asunto planteado y desestimo el recurso por no haberse planteado correctamente por la Junta de Galicia⁴⁰⁶. Por lo que la cuestión más relevante, a quien correspondía la gestión de Paradores de Turismo, quedó sin resolver.

⁴⁰⁵ En el Antecedente 1.b de la Sentencia se establece que, “la representación de la Junta de Galicia aborda, en primer lugar, la cuestión de las competencias de la Comunidad Autónoma gallega en materia de turismo. El art. 55.2 del E. A. G. (RCL 1981\990 y ApNDL 6673) establece que «la Comunidad Autónoma podrá constituir Empresas públicas como medio de ejecución de las funciones que sean de su competencia según lo establecido en el presente Estatuto». Por consiguiente, calificados jurídicamente la Red de Paradores Nacionales de Turismo sitios en el territorio de Galicia y el Hostal de los Reyes Católicos de Santiago de Compostela como Empresas públicas afectas a la promoción y ordenación del turismo, no cabe duda de que *ratione materiae* su actividad está comprendida dentro del marco competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia, en virtud de la competencia que ésta ha asumido por medio del art. 27.21 E. A. G.

Así, la omisión o denegación presunta que motiva el presente conflicto vulnera el orden de competencias, puesto que el Estado retiene competencias en materia de turismo más allá, en el tiempo, de lo que permiten las previsiones constitucionales y estatutarias

⁴⁰⁶ en el presente caso no es sólo que la Junta de Galicia haya impugnado una omisión -impugnación impropia de esta vía conflictual-, sino que tal omisión constituye el estricto objeto y la única causa de pedir el conflicto entablado, de modo que la actora no ha cuestionado ninguna disposición, resolución o acto del Estado que, como consecuencia de la caducidad del ejercicio provisional de la competencia en materia de ordenación y promoción del turismo respecto de la Red de Paradores Nacionales sitios en Galicia y del Hostal de Los Reyes Católicos (caducidad que la Junta estima producida), hubiera supuesto una invasión de su ámbito competencial constitucional y estatutariamente delimitado. Así, el conflicto se halla mal planteado, reducido como está a un acto omisivo que es un puro *factum* no susceptible de traerse a este proceso y de propiciar una declaración del Tribunal acerca de la titularidad de la competencia controvertida, pues, en realidad, no ha existido controversia competencial. Se impone, por tanto, su desestimación sin que quepa efectuar ninguna consideración sobre el fondo del asunto ni pronunciamiento alguno acerca de aquella titularidad.

En cualquier caso, sí cabe indicar que es difícil encontrar un anclaje constitucional adecuado y suficiente para mantener esta competencia en manos del Estado, que en principio no tendría más que competencias subsidiarias y excepcionales en la materia (basada en los títulos competenciales horizontales)⁴⁰⁷.

En este sentido, si bien es cierto que la gestión estatal de estos Paradores de Turismo es impecable, pues son un referente nacional e internacional en prestación de un servicio turístico de calidad, no es menos cierto que el Estado no tiene competencias suficientes en materia turística para gestionar estos establecimientos, por lo que, desde el punto de vista jurídico-constitucional, debería transferir dichas competencias a las comunidades autónomas.

Quizás la solución pase por convocar una Conferencia Sectorial entre el Estado y las comunidades autónomas (artículo 5 de la LRJPAC), y llegar a un acuerdo sobre la gestión conjunta de Paradores de Turismo, S.A.

6.- A modo de corolario: La ordenación como requisito necesario para garantizar la calidad turística.

De acuerdo con lo que se ha venido manifestando a lo largo de este capítulo, se pueden realizar una serie de consideraciones a modo de conclusión.

⁴⁰⁷ Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, cit., pág. 94, “Efectivamente, la situación no deja de ser curiosa, ya que es difícil encontrar un título competencial sobre el que el Estado pueda fundarse para justificar la reserva de unos establecimientos tan típica y tópicamente turísticos como los Paradores. Es posible realizar argumentaciones de tipo político, como la afirmación de dar tratamiento homogéneo frente al turismo extranjero de estos centros, o mantenerlos bajo la tutela estatal como un abanderamiento de la unidad del Estado en las acciones de promoción turística en el exterior, sin embargo, desde un punto de vista jurídico se trata de algo difícilmente sostenible”. En los mismos términos se pronuncia GARCÍA SAURA, P. J., *Desarrollo sostenible y turismo. Análisis del régimen jurídico medio ambiental de la legislación turística española*, cit. pág. 97, “resulta difícil argumentar a favor del mantenimiento de esta competencia en manos del Estado”

En primer lugar, cabe referir que, desde los orígenes del turismo moderno en nuestro país, el Estado ha mostrado su preocupación por el sector. Lógicamente, en los primeros momentos, la preocupación estaba relacionada con la necesidad de e rentable. De ahí, que se utilizaran, sobre todo, técnicas administrativas de fomento para incentivar la iniciativa privada en el sector.

Pero no solo el beneficio económico motivaba al Estado a intervenir en el sector. El hecho es que, ya desde los inicios se venían utilizando técnicas de ordenación del sector para conseguir determinados fines relacionados con la calidad del servicio. De ahí el uso de la técnica administrativa de la autorización para la apertura de los establecimientos hoteleros y los libros de reclamaciones para la defensa de los consumidores y usuarios.

Pero cuando se hace más evidente la intervención del Estado a través de los diferentes poderes, pero sobre todo de la Administración Pública, es a raíz del denominado boom turístico. Durante este periodo, que ha sido analizado en el Capítulo anterior, la Administración enfoca el turismo desde una perspectiva exclusivamente económica. Todas las medidas adoptadas por los poderes públicos van encaminadas, fundamentalmente, a incrementar la oferta y la demanda turística para maximizar los beneficios económicos. Es la época del denominado desarrollismo turístico que tantos perjuicios ocasionó en amplias zonas costeras españolas. Sobre todo del levante.

Finalizado ese periodo, que se estaba hundiendo por su propio peso, el sector público toma conciencia de la necesidad de un cambio de rumbo en la política turística. La Administración pública debe intervenir no solo para fomentar el turismo, sino para proteger los intereses generales que le han sido encomendados en la Constitución Española de 1978. Ya no solo se trata de incrementar el rendimiento económico del turismo. Existen otros intereses generales que han de ser igualmente protegidos: el medio ambiente, el patrimonio histórico y cultural, los derechos de los consumidores y usuarios, etcétera. Son los denominados principios rectores de la política social y

económica y que han de informar la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 de la Constitución).

Pero para la consecución de esos intereses generales los poderes públicos y, en concreto, la Administración, debe utilizar instrumentos eficaces (el artículo 103.1 de la Constitución, se refiere al principio de eficacia en la actuación administrativa de servicios a los intereses generales). Medios que realmente sirvan para alcanzar tales objetivos. Tratando, eso sí, de menoscabar lo mínimo posible la libertad de los particulares.

Por consiguiente, no puede haber actualmente ninguna duda sobre la importancia de la intervención administrativa en el sector turístico para alcanzar los objetivos de interés general y, por consiguiente, lograr un desarrollo turístico sostenible. Pero, por otro lado, se debe tener en cuenta que el libre acceso a la prestación de servicios turísticos es un derecho reconocido en el artículo 38 de la Constitución.

Esa es la tensión que, en la actualidad, debe resolver el Estado. Por un lado, liberalizar el sector y facilitar el acceso a las diferentes actividades turísticas a las empresas y profesionales interesados. Respetar, en definitiva, el marco de la libertad de empresa y la economía de mercado. Dando cumplimiento, además, a los principios esenciales de la Unión Europea, en concreto, el relativo a la libre prestación de servicios y libertad de establecimiento. Así como a las normas que se desarrollan ese principio, como la Directiva Servicios, cuya transposición en el sector constituye el objeto analizado en este trabajo, que ha tenido como consecuencia una intensa liberalización e, incluso, en muchas comunidades autónoma, una auténtica desregulación del sector, con consecuencias, en mi opinión, no lo suficientemente ponderadas.

Por otro lado, sin embargo, la necesidad de reforzar la presencia de la Administración pública en el sector turístico. La Administración no solo debe intervenir en el sector para realizar una protección adecuada de los intereses generales que pueden

ponerse en riesgo. Sino que dicha intervención ha de realizarse con medios eficaces. Instrumentos que permitan alcanzar, de manera adecuada, los objetivos de desarrollo sostenible fijados en las correspondientes leyes autonómicas. Y a ello no ayuda, desde luego, el enfoque ambicioso que, en nuestro país se ha adoptado a la hora de llevar a cabo la transposición de la citada Directiva. Una transposición que ha supuesto la eliminación sistemática de los controles previos para el acceso a la prestación de servicios turísticos. Sin tener en cuenta que se despoja a la Administración de uno de los medios más eficaces para controlar la actividad de los particulares y garantizar que estos desempeñan su actividad con respeto a los intereses generales.

Se reivindica, por tanto, una presencia administrativa en el sector turístico. Pero no una presencia meramente simbólica. Una presencia eficaz y potente de servicio a los intereses generales implicados.

PARTE SEGUNDA

**EL PUNTO DE INFLEXIÓN. LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE
DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVA
A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR**

CAPÍTULO TERCERO

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA DIRECTIVA SERVICIOS

1.-. Introducción

El 27 de diciembre del año 2006 se publicaba en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior⁴⁰⁸, a la que en adelante me referiré como “Directiva Servicios” o “Directiva”. El objetivo fundamental de esta norma es, según su considerando 1, alcanzar un mercado interior⁴⁰⁹ sin fronteras en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. En definitiva, se persigue la plena aplicación de la libertad de establecimiento⁴¹⁰ y la libre prestación de servicios⁴¹¹, que

⁴⁰⁸ L 376/36 ES.

⁴⁰⁹ Sobre las diferentes interpretaciones que se pueden dar a las “libertades básicas del mercado interior”, resulta muy interesante el trabajo del profesor DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI “Mercado Interior y Directiva Servicios”, *Revista catalana de dret publico*, núm. 42, 2011, pág. 273, “Encontramos en la doctrina, y en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dos interpretaciones contradictorias del propósito de aquellos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que garantizan las denominadas libertades básicas del mercado interior, entre las que se encontrarían la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Por un lado, la que entiende que las libertades básicas del mercado interior deben ser interpretadas como una garantía general del libre mercado frente a las regulaciones de los poderes públicos que restringen injustificadamente el libre acceso o el libre ejercicio de la actividad económica. Por otro lado, la que entiende que lo que se trata de garantizar esencialmente con las libertades básicas del mercado interior es que los estados miembros no coloquen injustificadamente en una situación de ventaja a los operadores económicos nacionales frente a sus competidores foráneos [...] Esta primera interpretación supondría considerar que, en principio queda prohibida cualquier medida nacional que –aunque no tenga efectos diferenciados, de hecho o de derecho, sobre los extranjeros respecto de los nacionales en el acceso a una actividad económica o en su ejercicio– pueda hacer menos atractivo el ejercicio por parte de los ciudadanos de la Unión de una actividad económica [...] así interpretado, prácticamente cualquier medida de los poderes públicos constituiría un obstáculo a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios debido sencillamente a sus potenciales consecuencias negativas sobre la *conveniencia económica de ejercer* determinadas actividades [...] La segunda interpretación, que es la que consideramos correcta, considera, por el contrario, que el propósito esencial de los preceptos que reconocen las libertades básicas del mercado interior no es garantizar el libre mercado y los intercambios comerciales frente a las regulaciones de los poderes públicos que los restrinjan injustificadamente, sino que su objetivo es “más modesto”, a saber, es garantizar que los estados miembros no beneficien o aventajen injustificadamente a sus operadores frente a la competencia de los de fuera.”

⁴¹⁰ Antiguo artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, actual artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴¹¹ Antiguo artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, actual artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

junto con la libre circulación de mercancías, capitales y trabajadores, forman las libertades básicas comunitarias. Para ello, y siguiendo a la propia Directiva en su considerando 2, habrá que eliminar el gran número de barreras que impiden a los prestadores extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Dichas barreras u obstáculos son identificados con un exceso de trámites administrativos generados por los Estados Miembros (considerando 3) lo que resta competitividad a las empresas europeas y, por tanto, impide a los consumidores y usuarios acceder a una mayor variedad de servicios y a precios más bajos (considerando 4).

Desde el punto de vista formal esta norma es similar al resto de directivas, es decir, una norma comunitaria que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios⁴¹². Pero, desde una perspectiva sustancial, por sus características, es una novedad⁴¹³ en el ámbito de la Unión Europea⁴¹⁴. Y es que estamos ante una directiva transversal u horizontal y compleja. Sin perjuicio de que más adelante explique detalladamente cada una de estas dos características que por otro lado están interrelacionadas, no puedo más que indicar, si quiera brevemente, a que se refieren.

⁴¹² Así lo establece el artículo 288.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁴¹³ Algunos autores han llegado a hablar, incluso, de una nueva generación de Directivas. Así, DE WAELE, H., "The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A challenge for the European and de National Legal Orders", cit., pág. 531, donde manifiesta que: "A new generation of Directives is looming ahead, forcing national authorities to deal with complicate questions of EU institutional law as well, enforcement issues taking pride of place".

⁴¹⁴ No sólo una novedad por su contenido, según explicaré, sino también por las expectativas generadas en todos los Estados miembros. Así, con razón, se ha calificado por alguna autora como "una de las Directivas más controvertidas y polémicas del Derecho Comunitario reciente y que irremediamente pasará a la historia". En este sentido pronuncia SANCHEZ ARMAS, T. J., "El régimen de autorizaciones en la Directiva Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?", dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág., 406.

Es una Directiva transversal u horizontal⁴¹⁵ porque su contenido se refiere a un sector económico en general, es decir, al sector servicios⁴¹⁶. Y es que este tipo de

⁴¹⁵ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: Una perspectiva general, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., Pág. 34, donde señala que “la principal novedad de esta norma comunitaria es, sin duda su método horizontal”. Asimismo señala, págs. 40-41, que se trata de “la Directiva establece un marco jurídico general que, salvo las excepciones más arriba mencionadas, será aplicable con carácter horizontal a todas las actividades económicas de servicios”.

⁴¹⁶No obstante el reconocimiento de ese carácter transversal, no se debe olvidar que muchos servicios quedan expresamente excluidos de su aplicación. Así, el artículo 2.de la Directiva, refiriéndose a su ámbito de aplicación, expresamente señala que:

Artículo 2

Ámbito de aplicación

1. La presente Directiva se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro.

2. La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

a) los servicios no económicos de interés general;

b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE;

c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE;

d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado;

e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;

f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;

g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión;

h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas;

i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado;

j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;

k) los servicios de seguridad privados;

l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración

3. La presente Directiva no se aplicará a la fiscalidad.

normas comunitarias suelen utilizarse para regular ámbitos económicos sectoriales o aspectos concretos, no generales⁴¹⁷.

Otro rasgo característico que define a la Directiva es su complejidad. Complejidad tanto en el procedimiento de elaboración de la norma, donde se han visto enfrentadas dos posiciones económicas y políticas antagónicas⁴¹⁸, como más adelante trataré de explicar; así como en la transposición de la misma a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, situación que se ha visto agravada, como también explicaré más abajo, en países que, como el nuestro, tienen una estructura político-territorial compleja⁴¹⁹.

Respecto al impacto que esta norma ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, se debe indicar que la doctrina no es pacífica. Así, mientras algunos

⁴¹⁷ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., pág. 70. Este autor indica que “El legislador estatal está habituado a transponer directivas verticales en las que es relativamente fácil identificar la normativa estatal afectada y adaptarla, una cuestión [...] que no se da en este caso”

⁴¹⁸ NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 22. Se habla en la introducción de esta obra de “la existencia de dos planos, y de un conflicto no resuelto entre ellos, el del liberalismo económico, representado por el nivel comunitario, y el de los derechos y bienes sociales, reservado sustancialmente a los Estados miembros, se pone de manifiesto con la DIRSE (Directiva Servicios). Para una visión de este conflicto, en sede del Parlamento Europeo, se puede consultar CRESPIY, A. y GAJEWSKA, K., “New Parliament, New Cleavages after the Eastern Enlargement? The Conflict over the Services Directive as an Opposition between the Liberals and the Regulators”, cit., págs. 1185 - 1208, donde se indica que “We argue that political cleavages at EU level can be conceived as an opposition between liberals and regulators which overlaps neither with the left-right nor the territorial conflict lines, but is rather a combination of the two [...] The left supports integration in the form of regulation whereas the right supports liberalization and deregulation [...] we interpret the case of the Services Directive as an opportunity for different actors to mobilize around two visions of market integration: a neo-liberal and a regulated common market.” Se puede consultar, asimismo, CHANG, M., HANF, D. y PELKMANS, J., “The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?”, cit., págs. 97-114. Algunos autores han visto, por otro lado, un enfrentamiento entre dos sistemas jurídicos diferentes, “the Anglo-Saxon Model”, frente al “Continental approach”, BARNARD, C., “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, 45, 2008, pág. 323.

⁴¹⁹ En este sentido, SALVADOR ALMENDARIZ, M^a. A., en “La Directiva de Servicios y su transposición: ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, en la obra colectiva RIVERO ORTEGA, R., (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 127, señala que “probablemente, la palabra que mejor defina lo que está siendo el proceso de transposición de la Directiva de Servicios es complejidad”.

autores han llegado a hablar de un auténtico “cataclismo en el núcleo central del Derecho Administrativo”⁴²⁰, otros, por el contrario, indican que “la Directiva Servicios no hace sino ahondar en los principios y exigencias que se desprenden de la propia Constitución Española [...] Desde esta perspectiva, sorprende que la DS haya provocado unos entusiasmos y unas desconfianzas que parecen injustificados”⁴²¹. Esta diversidad de opiniones respecto de la norma comunitaria ha sido puesta de manifiesto, asimismo, por RIVERO ORTEGA, R., cuando indica que “para no pocos autores sus contenidos son plenamente coherentes con la estrategia de realización de las libertades comunitarias, llegando a afirmarse en algún caso que apenas representa novedad alguna, aunque desde otro punto de vista implica una revolución”⁴²², o, en otro lugar: “las aportaciones a este debate, ora enfatizando los riesgos, ora subrayando las oportunidades que la transposición de la Directiva de Servicios plantea en nuestro país. Mientras para algunas posiciones la norma europea no trae casi nada nuevo ni distinto de las reglas ya existentes, otras consideran que produce una mutación constitucional que debe ser discutida, incluso apelando a la falta de competencia de la Unión Europea”⁴²³.

En cualquier caso, está claro que esta norma ha supuesto y sigue suponiendo un enorme impacto en nuestro ordenamiento jurídico, llamando la atención de nuestra doctrina más cualificada⁴²⁴.

⁴²⁰ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a servicios en el mercado interior”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, cit., pág., 226.

⁴²¹ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, cit., 2011, págs. 35-45

⁴²² RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit., pág. 6.

⁴²³ RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, 2011, pág. 131.

⁴²⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (Dir.), “El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, Marcial Pons, Madrid, 2009; JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit.; RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor, 2009; NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012; VV.AA, *Retos y*

En los próximos epígrafes explicaré, de forma más detallada, cada una de las características propias de esta norma, así como su procedimiento de elaboración, orígenes, transposición e impacto en nuestro ordenamiento jurídico.

2.- Orígenes

2.1.- El Consejo Europeo de Lisboa del año 2000⁴²⁵

La Directiva Servicios se enmarca dentro de un proceso más amplio de reformas económicas iniciado en el Consejo Europeo de Lisboa (Cumbre de Lisboa), celebrado durante los días 23 y 24 de marzo del año 2000⁴²⁶. En aquella reunión, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros fijaron un nuevo objetivo estratégico para la siguiente década (hasta el año 2010): convertirse en la economía basada en el

oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009; Asimismo, numerosas revistas han dedicado monográficos a la norma comunitaria referida, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII; o la *Revista catalana de dret public*, “Los retos de la Directiva de Servicios”, núm. 42.

⁴²⁵ Pese a que se señalen los orígenes de la Directiva Servicios en el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, hay que tener en cuenta que algunos autores encuadran a la norma comunitaria en un marco internacional mucho más amplio que se inicia en el año 1988 con la aprobación de la Comunicación a la Comisión, de 5 de julio, “Simplifying administrative procedures within the Community, General considerations”, y que tiene por objetivo, ya entonces, simplificar los procedimientos administrativos para mejorar la competitividad de las empresas. Igualmente, en el año 1995, la OCDE señaló la necesidad de reducir las barreras administrativas. Así lo indica, CANALS AMETLLER, D., “Simplificación administrativa y Directiva Servicios: objetivos medios e incidencias”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, Zaragoza, 2010, pág. 303 y ss., “En esta línea de acciones internacionales se inscribe la Directiva, cuya transposición no solo garantiza la libertad de prestación y de establecimiento de servicios. Tiene además como resultados la armonización del entorno de estas actividades en los distintos Estados miembros y la consecución de un marco jurídico de calidad, a través de las reformas legales y reglamentarias que sean necesarias”

⁴²⁶ Según BERBEROFF AYUDA, D., “con la Directiva 2006/123/CE se recuperan con una intensidad inusitada viejos aspectos y valores que parecían fuera de discusión”, refiriéndose, en concreto, al hecho de que “el territorio de la Unión ya no se concibe sólo como una realidad económica y física basada en rivalidades propias de un mercado abierto a la competencia, sino más bien como un espacio político y social, lugar de expansión, de movilización, y de participación de ciudadanos de la Unión”, “La Directiva 2006/123/CE y su contexto”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, Zaragoza, 2010, pág. 20.

conocimiento más competitiva⁴²⁷ y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social⁴²⁸, y un medio ambiente sostenible⁴²⁹.

Para la consecución de dicho objetivo, se requería una estrategia global sustentada en tres acciones fundamentales:

- Preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de Investigación y Desarrollo, así como mediante la aceleración del proceso de reforma estructural a favor de la competitividad y la innovación, y la culminación del mercado interior;
- Modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en capital humano y la lucha contra la exclusión social;
- Mantener las sólidas perspectivas económicas y las expectativas favorables de crecimiento mediante la aplicación de un conjunto de medidas políticas macroeconómicas adecuadas

⁴²⁷ HAY, C., “What Doesn’t Kill You Can Only Make You Stronger: The Doha Development Round, the Services Directive and the EU’s Conception of Competitiveness”, cit., págs. 25 a 43, donde se cita el trabajo de KRUGMAN, P. “Competitiveness: A Dangerous Obsession”, *Foreign Affairs*, cit., págs. 28-44, as reprinted in KRUGMAN, P. (1996) *Pop Internationalism*, en el que se indica que la preocupación de la Unión Europea por aumentar la competitividad de su economía puede ser calificada de auténtica obsesión. HAY, C., por su parte, matiza que la obsesión no es tanto por el aumento de la competitividad en sí, como por los costes que esta genera: “What stops us from recognizing the likelihood of such effects is not the dangerous obsession with competitiveness to which KRUGMAN drew our attention in 1994, but a new and possibly yet more virulent obsession – that with cost competitiveness”.

⁴²⁸ Ver, a estos efectos, el documento de las Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Lisboa, punto núm. 5 denominado “El camino que debe seguirse”. Se puede consultar dicho documento en la página web del Parlamento Europeo, <http://www.europarl.europa.eu>. (http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm)

⁴²⁹ Este último inciso, referido al medio ambiente, se añadió durante la Cumbre de Gotemburgo celebrada en el año 2001. Ver documentos de conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo Gotemburgo (SN 200/1/01 REV 1) y el Informe del Consejo (Mercado Interior, Consumidores y Turismo): Estrategia de integración de la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible en la política del mercado interior (8979/01).

Según las conclusiones elaboradas por la Presidencia una vez celebrado el Consejo Europeo (ver nota núm. 9), para la consecución del objetivo señalado se debían emprender una serie de reformas económicas encaminadas al logro de un mercado interior plenamente operativo y con altas cotas de liberalización. Así, según el punto 16 de las conclusiones: “16. Es necesario actuar rápidamente para culminar el mercado interior en determinados sectores y mejorar los resultados insuficientes en otros a fin de velar por los intereses de empresas y consumidores. Para obtener un máximo rendimiento de la liberalización del mercado es asimismo fundamental disponer de un marco eficaz para llevar a cabo la actual labor de revisión y mejora, basada en la Estrategia del Mercado Interior aprobada por el Consejo Europeo de Helsinki. Por otra parte, con el fin de garantizar que las empresas puedan prosperar y funcionar de manera eficaz y en un plano de igualdad dentro del mercado interior es fundamental aplicar de modo uniforme normas justas relativas a la competencia y a las ayudas estatales.” Es decir, se ponen ya de manifiesto dos de los puntos de referencia que van a marcar el procedimiento de elaboración de la Directiva Servicios: la consecución del mercado interior, sin barreras, y la liberalización económica.

Para ello se encomendaba a la Comisión Europea, al Consejo, y a los Estados miembros, entre otras actuaciones y de conformidad con sus respectivas competencias:

- La elaboración de una estrategia a más tardar a finales del año 2000
- La definición de las bases para una actuación más coordinada orientada a simplificar la normativa, incluido el funcionamiento de las administraciones públicas, tanto a escala nacional como comunitaria (ver punto 17 del documento de conclusiones mencionado).

A la vista de lo anterior, podemos concluir que en este documento se encuentra el germen de lo que años después sería la Directiva Servicios, aunque en este largo proceso de gestación ha habido muchos e importantes cambios

2.2. La Estrategia Europea de Lisboa

A la vista del documento de conclusiones elaborado por la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, la Comisión presenta en diciembre del año 2000, y por tanto dentro del plazo fijado, una Comunicación titulada: “Una estrategia para el mercado interior de servicios”⁴³⁰, también denominada Estrategia Europea de Lisboa⁴³¹.

En dicha comunicación se señalaba la importancia que tenía el sector servicios para la economía de la Unión Europea. Se ponía de manifiesto que los ciudadanos europeos tienden a agotar las posibilidades de servicios ofertados a nivel nacional antes de optar por acudir a servicios ofrecidos por empresas de otros Estados miembros, con lo que el mercado interior de servicios no funciona de forma eficaz. La Comisión indicaba que los servicios son el motor de la “nueva economía”, refiriéndose, no cabe duda de ello, a la economía globalizada. Así, expresamente se decía que “Nuestro objetivo es permitir que los servicios circulen a través de las fronteras nacionales tan fácilmente como en el interior de un Estado miembro”, es decir, que no exista ningún tipo de obstáculo⁴³² o barrera para la circulación de servicios en el mercado interior⁴³³.

⁴³⁰ COM (2000) 888 final, Bruselas 29.12.2000.

⁴³¹ Para algún autor, en la Estrategia de Lisboa “domina la idea de la preferencia general de la autorregulación en el seno del mercado que la inspira”, filosofía desreguladora/autorreguladora de los mercados que ha contribuido a la situación económica actual. Véase, a estos efectos PAREJO ALFONSO, L., “La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo, cit., pág. 438. Sobre la autorregulación y su vinculación con el liberalismo económico véase el excelente trabajo de DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., K “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009.

⁴³² Según PAREJO ALFONSO, L., la Estrategia de Lisboa, para cumplir sus objetivos económicos, parte de “un concepto de obstáculo ilegítimo a la libre competencia en el mercado tan amplio que pone bajo sospecha de obstaculización (restricción indebida) cualquier regulación jurídico pública de acceso al mercado de las actividades de servicios o de ejercicio de estas, es decir, lo que en principio no es otra cosa que ordenación del uno y el otro para su inserción armónica en el sistema de convivencia colectiva en función de los restantes bienes y valores en presencia”, en “La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo?”, cit., pág. 435.

⁴³³ Este objetivo pudiera ser “el origen y justificación de uno de los aspectos más controvertidos de la primera versión del texto comunitario: el principio del país de origen, finalmente retirado tras la primera

Y es que, como unos párrafos más abajo se indica: “El sector europeo de los servicios está plenamente integrado en el comercio mundial y depende de él”. Por tanto, parece posible deducir que esta Estrategia Europea de Lisboa, este movimiento de las instituciones y de los Estados miembros, es fruto de la preocupación de las instituciones de la Unión Europea por atender y adaptarse a la globalización económica.

Esta Comunicación hace especial hincapié, igualmente, en la importancia que van adquiriendo las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento. El documento se refiere en exclusiva a la nueva dinámica que la sociedad de la información ha generado en el mercado de los servicios entre los distintos oferentes y demandantes. Pero no tardará en surgir otra dinámica relacionada con estas tecnologías de la información: la relativa a la relación entre Administración Pública y las empresas y profesionales prestadores de servicios y que culminará en la previsiones sobre Ventanilla Única y Administración Electrónica que se hacen en la Directiva Servicios.

Cabe indicar que la Comunicación a la que me estoy refiriendo, donde se contenían las previsiones sobre la Estrategia Europea de Lisboa, preveía un enfoque de actuación en dos fases:

- Fase I: Acciones para 2001. Año en el que se pudieron en prácticas una serie de actuaciones tanto legislativas como no legislativas dirigidas a “ámbitos especialmente problemáticos”⁴³⁴. Lo más relevante de esta primera fase es que la Comisión pone de manifiesto la necesidad de adoptar una perspectiva horizontal sobre la libre circulación de servicios, no solo dirigida a determinados ámbitos

lectura de la Directiva”. Así lo manifiesta ENTRENA RUIZ, D., en “La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios”, dentro de *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, obra colectiva DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), cit., pág. 43.

⁴³⁴ Estos ámbitos especialmente problemáticos serían las comunicaciones comerciales (especialmente la promoción de ventas), las profesiones regladas, los servicios financieros y el comercio electrónico. COM (2000) 888 final, Bruselas 29.12.2000, pág. 10.

sectoriales⁴³⁵. La Comisión se propone, para ello, emprender “un análisis un exhaustivo y sistemático de los obstáculos a la libre circulación de servicios que persisten y sus repercusiones en otros sectores económicos”⁴³⁶.

- Fase II: Acciones para 2002. Durante este año se emprendieron una serie de iniciativas a partir del análisis realizado en la Fase I. Estas iniciativas son: eliminación de obstáculos a la libre prestación de servicios mediante la aplicación directa de las normas comunitarias originarias; eliminación de obstáculos no legislativos; y la armonización para los obstáculos restantes.

2.3.- Informe de la Comisión sobre el estado del mercado interior de servicios del año 2002

Para concluir la fase I de la Estrategia Europea de Lisboa a la que me he referido en el apartado anterior, la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento un Informe sobre el estado del mercado europeo de servicios⁴³⁷. Este informe es muy importante pues se trata de una primera reflexión seria y profunda que concluirá con la necesidad de abrir el mercado de servicios en la Unión Europea a través de un instrumento normativo adecuado⁴³⁸. Es, por consiguiente, un documento de referencia imprescindible para entender todo el proceso de elaboración de la Directiva Servicios

⁴³⁵ La Comisión necesita abrir el camino hacia un enfoque horizontal de la libre circulación de servicios, con vistas a su aplicación en 2002. COM (2000) 888 final, Bruselas 29.12.2000, pág. 10

⁴³⁶ COM (2000) 888 final, Bruselas 29.12.2000, pág. 10

⁴³⁷ COM(2002) 441 final, Bruselas, 30.07.2002

⁴³⁸ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., pág. 35.

Entrando ya en el contenido, el informe señalaba que, diez años después de lo que debía haber sido la culminación del mercado interior, todavía existían fronteras que afectaban a la prestación y utilización de los servicios⁴³⁹.

Las principales “víctimas” del mantenimiento de estas fronteras, según se señalaba en el Informe, eran, por un lado, las pequeñas y medianas empresas que no podían hacer frente a los costes de prestación transfronteriza de servicios y, por otro, los usuarios de servicios, en especial los consumidores, que veían reducidas sus posibilidades de elección y precios más elevados⁴⁴⁰.

Por otro lado, las fronteras a las que se refiere el Informe podían ser de dos tipos: fronteras jurídicas y no jurídicas.

Las primeras se referían a “todos los obstáculos para el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros que se derivan directa o indirectamente de una obligación jurídica y que tienen por efecto prohibir, entorpecer o hacer menos atractivas dichas actividades. Puede tratarse tanto de dificultades ligadas a la divergencia de las reglamentaciones nacionales como a problemas relacionados con los comportamientos de autoridades nacionales, o incluso de la inseguridad jurídica provocada por la complejidad de ciertas situaciones transfronterizas”⁴⁴¹. Dentro de estas fronteras jurídicas y, en concreto, aquellas que impedían a los prestadores de servicios establecerse como tales o prestar servicios en otros Estados miembros, se señalaba la existencia de siete dificultades que entorpecían el acceso a esta posibilidad:

- Monopolios y otros límites cuantitativos para poder acceder a las actividades.

⁴³⁹ Según se establece en el propio informe, la libre circulación de servicios se ve afectada por las fronteras internas en mayor medida que la libre circulación de mercancías. Pág. 6.

⁴⁴⁰ COM (2002) 441 final, Bruselas, 30.07.2002, págs. 71 a 73.

⁴⁴¹ COM (2002) 441 final, Bruselas, 30.07.2002, pág. 16.

- Requisitos de nacionalidad o de residencia.
- Procedimientos de autorización o de registro⁴⁴².
- Límites a las actividades multidisciplinarias.
- Forma jurídica y estructura interna de los operadores económicos.
- Cualificaciones profesionales.
- Condiciones de ejercicio de las actividades de servicios.

Se puede observar que la Comisión identifica los procedimientos de autorización y registro como un obstáculo que dificulta o entorpece la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento, aunque en esta etapa no se quiera indicar nada, todavía, sobre el carácter justificado o no de dicho obstáculo. Según pienso, este es el origen de que la Directiva Servicios conciba las autorizaciones como instrumentos excepcionales para el control de acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, dando preferencia a la utilización de otras medidas de carácter menos restrictivo, como son las declaraciones responsables y las comunicaciones previas a la que me referiré detalladamente en otro lugar.

En relación a las fronteras que derivan de factores no jurídicos, cabe señalar que las más importantes están relacionadas con la falta de información o dificultades de orden cultural y lingüístico. Este tipo de obstáculos también fueron tenidos en cuenta a la hora de realizar la propuesta de Directiva Servicios y, de hecho, se incluyeron

⁴⁴² Los procedimientos de autorización y registro, en definitiva, los controles previos administrativos sobre actividades de servicios son evaluados como cargas administrativas que es necesario eliminar para alcanzar el mercado interior de servicios, es decir, se establece una “presunción general de onerosidad” de estos procedimientos administrativos. En relación al concepto de carga administrativa que se utiliza en el ámbito de la Unión Europea, cabe hacer referencia al trabajo de VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, cit., en cuya pág. 109 se indica que “¿Qué son cargas administrativas?. Jurídicamente carga es una situación jurídico pasiva o negativa que es preciso levantar o eliminar para poder ejercer un derecho. Pero no parece ser esta la acepción utilizada [...] sino otra según la cual carga administrativa sería cualquier carga, obligación o deber legal que se impone desde la Administración pública y no para el ejercicio de cualesquiera derechos, sino justamente de la libertad de empresa. Una noción no solo reduccionista, sino también preñada de una evidente carga valorativa negativa, ya que pone el foco en los costes de la regulación y deja en la sombra sus beneficios”

determinadas medidas para superarlas. Así, la Directiva Servicios, en su versión definitiva, incluye, como ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo, el derecho a la información (artículo 7)

Por otro lado, la Comisión adopta en todo este proceso un enfoque horizontal. Perspectiva que no deriva solo del amplio sector económico al que se refiere, los servicios, que incluye una gran variedad de actividades; sino también, y lo que resulta quizás más característico, de las fronteras y obstáculos a los que se enfrentan. Dichas fronteras horizontales o comunes son tres: aplicación regímenes jurídicos diferentes en función del país donde se preste el servicio⁴⁴³; inseguridad jurídica producida por las confusas regulaciones nacionales y el amplio margen de discrecionalidad de sus autoridades; y, por último, la aplicación de los mismos requisitos en Estados y ámbitos diferentes⁴⁴⁴. Esta perspectiva horizontal que adopta la Comisión, junto con los problemas observados de mala aplicación de las directivas⁴⁴⁵, va a condicionar las características esenciales de la norma comunitaria que estamos estudiando, características que hacen que se trate de una Directiva novedosa y polémica.

2.4.- Otras acciones encaminadas a la consecución definitiva del mercado interior de servicios

⁴⁴³ Este obstáculo, que según la Comisión implica que el Estado miembro de destino trata al prestador de servicios como una empresa establecida en su territorio y sometida, por tanto, plenamente a su régimen jurídico, supondrá que se plantee como solución aplicar el principio del país de origen, es decir, que el ordenamiento jurídico que tiene que tener en cuenta el prestador de servicios es el de su propio Estado, no el del Estado donde piensa establecerse o prestar sus servicios. Dicho principio fue muy polémico y finalmente se eliminó de la versión definitiva de la Directiva.

⁴⁴⁴ COM (2002) 441 final, Bruselas, 30.07.2002, pág. 57.

⁴⁴⁵ La Comisión alerta en el Informe sobre la existencia de problemas de mala aplicación de las directivas. Estos problemas derivan, según la propia Comisión, del amplio margen de maniobra que se deja a los Estados miembros para el cumplimiento de los objetivos establecidos. Teniendo en cuenta ese margen de discrecionalidad, “los Estados prevén excepciones o requisitos facultativos o, incluso, cláusulas de armonización mínima que permiten la adopción de normas nacionales más estrictas”. El propio Tribunal de Justicia ha advertido sobre la existencia de esta mala aplicación de las directivas y el uso abusivo que los Estados pueden hacer de ese tipo de cláusulas. A estos efectos, ver la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1998 en el asunto *Ambry*, C-410/96. COM (2002) 441 final, Bruselas, 30.07.2002, pág. 52.

En mayo del año 2003, la Comisión presentó una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con el título: “Estrategia para el mercado interior. Prioridades del periodo 2003 – 2006”⁴⁴⁶.

Desde el punto de vista estricto del mercado de servicios, en esta Comunicación se realizaba una evaluación en la que se puso de manifiesto, entre otras circunstancias, que “El principal motivo de que la libre circulación de servicios haya sido hasta ahora más un concepto legal que una práctica real lo constituyen las diferencias considerables de ordenamientos jurídicos que existen entre los Estados miembros, además de la falta de confianza de cada Estado miembro en el ordenamiento de los demás”⁴⁴⁷. Se indica, asimismo, que “sectores de servicios como el turismo, la distribución, la construcción, la ingeniería y el asesoramiento, los servicios de certificación y de ensayos o las agencias de empleo no han estado sujetos hasta ahora a una política global de mercado interior”⁴⁴⁸. Estos servicios, según el texto literal de la propia Comunicación, son muy heterogéneos y, por tanto, pueden ser prestados de forma muy diferente, pero tiene en común, sin embargo, que todas las formas de suministros se ven afectadas por diversas barreras legales y administrativas que inciden en todas las etapas de prestación del servicio, desde el establecimiento, pasando por la venta, postventa, promoción y distribución, lo que genera costes enormes a las empresas y profesionales correspondientes, que suelen ser a su vez, pequeñas y medianas empresas⁴⁴⁹.

Junto a esa evaluación, se presentaban una serie de medidas que debían realizarse para paliar los fallos y disfunciones encontrados. Entre ellas cabe destacar la establecida con el número dos: “La Comisión presentará una propuesta de Directiva

⁴⁴⁶ COM (2003) 238 final, Bruselas, 7.5.2003

⁴⁴⁷ COM (2003) 238 final, Bruselas, 7.5.2003, pág. 10

⁴⁴⁸ COM (2003) 238 final, Bruselas, 7.5.2003, pág. 10

⁴⁴⁹ Sobre las que la propia Comunicación aporta datos muy relevantes como que casi el 90 % de las PYMES pertenecen al sector servicios y que, debido al incremento de los costes que ellos supone, renuncian en su mayoría a prestar servicios en otros Estados miembros. Ver COM (2003) 238 final, Bruselas, 7.5.2003, pág. 11.

sobre los servicios en el mercado interior antes de finales de 2003. Esta Directiva establecerá un marco legal claro y equilibrado encaminado a facilitar las condiciones de establecimiento y de prestación de servicios transfronterizos. Será una combinación de disposiciones sobre el reconocimiento mutuo, la cooperación administrativa y la armonización, en los casos estrictamente necesarios, y fomentará la aprobación de códigos de conducta y de normas profesionales de índole europea⁴⁵⁰.

Estamos, por consiguiente, ante la primera ocasión en que se planteó la utilización de este tipo de norma comunitaria para la eliminación de las barreras y obstáculos que impidieran la realización plena de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

Cabe señalar, por otro lado, que ya desde estos primeros pasos en la liberalización del sector servicios, muestra la Comisión su preocupación sobre el impacto que tales medidas pueda ocasionar en los consumidores. Sobre todo desde la perspectiva de la seguridad y salud, pero también desde otros aspectos importantes como el de la calidad. Así, en junio de 2003, la Comisión presenta un informe al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores⁴⁵¹. La conclusión fundamental a la que llega el informe, es que existe una importante carencia de datos e información sobre aspectos objetivos de los riesgos y los aspectos de seguridad de los servicios que debe ser solventado mediante la acción comunitaria en este ámbito⁴⁵².

No obstante, lo más reseñable del Informe desde el punto de vista de este trabajo, es el análisis que se realiza del sector turístico. Por su importancia, lo transcribo íntegramente: “El Tratado no ofrece un fundamento legal específico para acciones comunes en el sector del turismo. El papel de la Comisión es sobre todo de coordinación y de catalizador. Por consiguiente, son escasas las disposiciones comunitarias con una repercusión directa y de primer orden sobre la seguridad de los servicios en el sector del turismo. Las que existen dependen de políticas en otros

⁴⁵⁰ COM (2003) 238 final, Bruselas, 7.5.2003, pág. 11

⁴⁵¹ COM(2003) 313 final, Bruselas, 6.6.2003

⁴⁵² COM (2003) 313 final, Bruselas, 6.6.2003, pág. 2

ámbitos y su objetivo primordial es a menudo el funcionamiento adecuado del mercado interior. Tal es el caso, por ejemplo, de la Directiva 90/314/CEE del Consejo relativa a los viajes combinados, basada en el fundamento del antiguo artículo 100 A (ahora artículo 95) del Tratado, que declara responsable al organizador y/o detallista de los perjuicios causados al consumidor por incumplimiento o el cumplimiento indebido del contrato, y de la Recomendación 86/666/CEE del Consejo sobre el nivel mínimo de seguridad de los hoteles contra los riesgos de incendio. La política actual de la Comunidad en el ámbito del turismo se ocupa sobre todo del desarrollo y competitividad de las empresas. La seguridad de los servicios prestados al consumidor no se menciona como un objetivo en sí misma en este contexto, sino más bien como una consecuencia indirecta del fomento de la calidad de los servicios ofrecidos con objeto de promover el desarrollo de las actividades turísticas”⁴⁵³.

Resulta esencial lo que aquí se indica porque, en primer lugar, la propia Comisión reconoce las escasas competencias que tiene atribuidas en la materia; y en segundo lugar, y quizás lo más importante, porque se lleva a cabo una relación entre dos conceptos esenciales en el ámbito turístico: la seguridad de los servicios prestados al consumidor, y la calidad de los mismos⁴⁵⁴. Siendo esto así, parece necesario concluir que deben ser los Estados miembros, en el caso español las comunidades autónomas por tener atribuida la competencia de forma exclusiva, quienes arbitren las medidas adecuadas y necesarias para el mantenimiento de la seguridad y salud de los consumidores y usuarios turísticos, así como para garantizar la calidad de los servicios turísticos prestados⁴⁵⁵. Sin embargo, la Directiva Servicios cuya génesis estoy

⁴⁵³ COM (2003) 313 final, Bruselas, 6.6.2003, pág. 12

⁴⁵⁴ En este sentido, resulta imprescindible el trabajo de TUDELA ARANDA, J., “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”, publicado en la cit., pág. 377 a 394. Señala el autor que “no es difícil predecir que una de las consecuencias más notables de la consolidación jurídica de la idea de seguridad será la de consolidar un nuevo estatus del turista como consumidor y usuario. Una idea que debe ser auténtica idea-fuerza, como núcleo de todo el concepto ya que se trata de un elemento imprescindible sin el cual es imposible el desarrollo no ya de cualquier política de calidad, sino de cualquier política turística”, pág. 382.

⁴⁵⁵ TUDELA ARANDA, J., “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”, cit., pág. 392, donde indica que “Se hace del todo preciso que haya un verdadero régimen jurídico de la seguridad en el turismo. Dicho régimen exigiría, seguramente, un contenido contundente a nivel legislativo y un desarrollo exhaustivo y generalizado en norma reglamentaria. Ese régimen general debiera servir de marco para regulaciones específicas forzosamente necesarias por las características singulares de algunas actividades turísticas. Hay que indicar que el citado régimen debiera contener medidas de prevención como puede ser una regulación particular de la autorización turística ligada a la seguridad o la formación específica de inspectores en la materia. Junto a ello, habría que contemplar un

analizando en estas líneas, limita mucho la posibilidad de actuación de las comunidades autónomas a la hora de utilizar medios e instrumentos administrativos que, en principio, podrían resultar adecuados y eficaces para tales fines (como autorizaciones administrativas u otro tipo de controles previos). Parece, por consiguiente, que la norma europea que se estudia, que ha sido la causa de la intensa liberalización llevada a cabo en el sector turístico, no coadyuva al fomento de la seguridad de los usuarios turísticos y de la calidad de los servicios prestados, salvo que tales circunstancias sean consideradas, según es mi opinión, como razones imperiosas de interés general.

Se puede concluir, para terminar este epígrafe, que la Comisión entra en alguna contradicción en la Comunicación analizada. Y es que, si por un lado crítica las barreras administrativas y obstáculos de Derecho interno que impiden un adecuado desarrollo de la libertad de establecimiento y prestación de servicios; por otro muestra un cierto grado de preocupación sobre las consecuencias que la eliminación de las mismas puede ocasionar en los consumidores y usuarios. De hecho, y refiriéndome ahora en exclusiva al sector turístico, llega a indicar, como más arriba se ha puesto de manifiesto, que no hay una auténtica política turística europea, con lo que han de ser los diferentes Estados miembros (o los niveles territoriales competentes, añadido yo), quienes velen, con medidas adecuadas, por la seguridad de los consumidores y usuarios turísticos, así como por el mantenimiento de la calidad mínima necesaria.

2.5.- Aprobación de la propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior en su primera versión. La auténtica Directiva Bolkestein⁴⁵⁶.

Como consecuencia de todas las acciones previstas por la Estrategia Europea de Lisboa a las que me he referido en los epígrafes anteriores, en enero del año 2004, la

adecuado marco sancionador y un eficaz y rápido sistema de denuncias. En todo caso, poner en riesgo la seguridad de los turistas debiera ser considerado una agravante a la hora de imponer las sanciones. En este sentido, cabe pensar en articular procedimientos arbitrales de que diesen satisfacción rápida a los incidentes que pudieran plantearse. También podría pensarse en contemplar el régimen de seguros y fianzas, al menos en aquellos supuestos para los que se considere conveniente dadas las características de la actividad o establecimiento.

⁴⁵⁶BARNARD, C., *Unravelling the Services Directive*, cit., pág. 327, “The original Bolkestein draft of 2004”

Comisión presenta la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior⁴⁵⁷. En el momento de la aprobación de esta Propuesta, era comisario de mercado interior el holandés Frederik BOLKESTEIN, bajo la presidencia de Romano PRODI.

Lo primero que cabe destacar de esta primera propuesta de Directiva es su ámbito de aplicación. Según el artículo 2.1, “la presente Directiva se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro”, entendiendo por servicios, de acuerdo con el artículo 4, cualquier actividad económica no asalariada consistente en realizar una prestación a cambio de una remuneración. Se excluyen expresamente de esta propuesta: los servicios financieros, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los servicios de transporte, así como el ámbito de la fiscalidad (artículo 2.2 y 2.3 de la Propuesta). Quedan excluidos, asimismo, los denominados servicios de interés general⁴⁵⁸, es decir, aquellos que no son susceptibles de contraprestación económica, que no hay que confundir, sin embargo, con los denominados servicios de interés económico general⁴⁵⁹, que sí estaban incluidos en el primer Proyecto de Directiva. En cualquier caso, se consideran incluidos expresamente en la Propuesta de Directiva los servicios sanitarios⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ COM (2004) 2 final, Bruselas, 13.1.2004, 2004/0001 (COD)

⁴⁵⁸ Son servicios de interés general, según un informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Laeken en octubre de 2001: “aquellos de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público”, COM(2001) 598 final, pág. 24. Igualmente, se refiere a los servicios de interés general una Comunicación de la Comisión denominada “Los servicios de interés general en Europa” [Diario Oficial C 17 de 19.1.2001]. Donde se manifiesta que: “La definición de los servicios de interés general y de la forma en que éstos deben prestarse es ante todo responsabilidad de las autoridades públicas al nivel apropiado”, pág. 1. Según esta Comunicación (punto 28, pág. 6), se pueden considerar servicios de interés general las actividades no económicas como por ejemplo la seguridad interior y exterior, la administración de la justicia, la política de asuntos exteriores y otros ejercicios del poder público, por lo que estarán excluidas de la aplicación de las normas de competencia y mercado interior.

⁴⁵⁹ Es decir, “servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general”, COM (2001) 598 final, pág. 24.

⁴⁶⁰ Para una visión más concreta del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva ver ENTRENA RUIZ, D., en DE LA QUADRA-SALCEDO DEL CASTILLO (Dir.) “La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios”, dentro de la obra colectiva *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit., págs. 53 a 55.

Otra característica importante que recogía la Propuesta de Directiva era la relativa a la distinción entre libertad de establecimiento, por un lado, y libre circulación de servicios, por otro. Respecto de cada una de ellas se recogían medidas diferenciadas para intentar suprimir los obstáculos correspondientes:

Así, para la libertad de establecimiento se proponía, las siguientes⁴⁶¹:

- Medidas de simplificación administrativa. Sobre todo en lo que se refiere a la creación de ventanillas únicas⁴⁶² y el impulso de la Administración electrónica, a las que dedicaré un análisis más exhaustivo en otro lugar de este trabajo.
- Una nueva regulación de los regímenes de autorización aplicables a las actividades de servicios, en lo que se refiere al acceso, condiciones de autorización, duración, selección entre candidatos y procedimientos de autorización.
- La prohibición de que los Estados miembros exijan determinados requisitos jurídicos a los prestadores de servicios de otros Estados que se establezcan en su territorio.
- Determinar la compatibilidad de otros requisitos jurídicos con lo establecido en la Directiva.

Respecto a la libre prestación de servicios, cabe señalar las siguientes propuestas⁴⁶³:

⁴⁶¹ COM (2004) 2 final, Bruselas, 13.1.2004, 2004/0001 (COD), pág. 4.

⁴⁶² Se entiende por ventanilla única, a los efectos de esta Propuesta, la posibilidad que tienen los prestadores de servicios “de disponer de la posibilidad de hacer todos los trámites y procedimientos exigidos en relación con las actividades de servicios y, especialmente, los relativos a las autorizaciones, en un mismo organismo. El interesado no tendrá que desplazarse a varias entidades, organismos, oficinas, etc., en relación con su caso, sino que tendrá la facilidad de poder dirigirse a un único interlocutor”. COM (2004) 2 final, Bruselas, 13.1.2004, 2004/0001 (COD), pág. 24.

⁴⁶³ COM (2004) 2 final, Bruselas, 13.1.2004, 2004/0001 (COD), pág. 5.

- Establecer el denominado “principio de país de origen” por el cual se determinaba que los prestadores se regían exclusivamente por la Ley de su país de origen, independientemente del Estado miembro donde fuesen a prestar los servicios. Ello implicaba, por consiguiente, que el prestador de servicios quedaba exclusivamente sometido al ordenamiento jurídico del país de origen, incluso en lo que se refiere a los medios de control y no, sin embargo, al de destino. Se establecían, no obstante ciertas restricciones a su aplicación: respecto al desplazamiento de trabajadores seguiría siendo de aplicación su normativa específica, es decir, la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que establece la aplicación de determinadas normas del país donde se vayan a prestar los servicios. También quedaban excluidos de la aplicación del principio otros sectores como los servicios postales, distribución de energía eléctrica, gas y agua, servicios de transporte, protección de datos personales⁴⁶⁴, abogados, derechos de autor, auditoría de cuentas responsabilidad extracontractual, régimen “autorizativo” relativo al reembolso de asistencia sanitaria, entre otros (artículo 17 de la Propuesta). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad reconocida a los Estados miembros de tomar determinadas medidas contra un prestador de servicios en concreto, de manera excepcional, en alguno de los supuestos reconocidos en el artículo 19 de la Propuesta, es decir, seguridad, salud u orden público o relacionados con las profesiones sanitarias. En cualquier caso, por la importancia que representó este principio en la Propuesta de Directiva, dedicaré el epígrafe siguiente a un análisis más exhaustivo.

⁴⁶⁴ Sobre esta materia véase, PIÑAR MAÑAS, J.L., “La protección de datos”, en CANO CAMPOS, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Iustel, vol. 7, 2009, págs. 191 a 236; PIÑAR MAÑAS, J. L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en GARCÍA MACHO, R. J., *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, págs. 81 a 102, entre otras obras.

- Eliminar las medidas restrictivas que impidan a los destinatarios ejercer su derecho a utilizar los servicios que provengan de otros Estados miembros.
- Fijar mecanismos de asistencia para los destinatarios de servicios provenientes de otros Estados, lo que generaría más confianza.
- Establecer el reparto de competencias entre el Estado de destino y el de origen, así como los procedimientos y medidas de control, para el supuesto de desplazamiento de trabajadores.

Por otro lado, se debe hacer referencia a las medidas previstas para fomentar la confianza recíproca entre los Estados miembros. Estas medidas eran especialmente importantes, sobre todo a la vista del principio del país de origen, pues, sin confianza mutua, no habría un verdadero mercado interior de servicios. Para ello se proponía:

- Armonizar la legislación de los Estados miembros para alcanzar un nivel de protección equivalente en todos en lo relativo a cuestiones esenciales como protección de consumidores, información sobre los servicios prestados, seguros, resolución de litigios, etcétera.
- Reforzar la asistencia recíproca entre Estados para asegurar un control eficaz de las actividades de servicios.
- Establecer medidas para fomentar la calidad de los servicios, voluntarias y de carácter privado, como cartas de servicios, certificaciones de calidad.
- Fomentar códigos de conducta a nivel privado que involucren a todas las partes.

A la vista de lo anterior, se puede concluir que la Unión Europea parecía plenamente consciente de los riesgos que la liberalización de los servicios podría acarrear: reducción de la calidad de los servicios prestados, vulneración de los derechos

de los consumidores⁴⁶⁵, pérdida de la confianza recíproca entre los Estados miembros y, como colofón, inexistencia de un verdadero mercado interior de servicios. Por ello se hace especial hincapié en la Propuesta de Directiva en la necesidad de arbitrar medidas e instrumentos de intervención que intenten paliar esos riesgos, pero medidas e instrumentos de carácter privado, no público (así, códigos de conducta, certificaciones, etcétera), es decir, se fomenta la autorregulación⁴⁶⁶. La Unión Europea no confía en las autoridades nacionales para dicha intervención, muy proclives, según su parecer, a establecer obstáculos y restricciones.

Para finalizar, se debe indicar que nuestro país se situó en la línea de los Estados miembros más favorables a esta primera propuesta de Directiva de 2004 junto con Reino Unido, Holanda y los nuevos miembros de la Europa del Este; frente a aquellos Estados más recelosos de sus consecuencias, como Alemania, Francia, Bélgica, Luxemburgo o Suecia⁴⁶⁷.

2.6.- La polémica sobre el principio del país de origen

El principio del país de origen venía recogido en la primera propuesta de Directiva, en su artículo 16, por el que se establecía, en primer lugar, que los Estados miembros harían todo lo necesario para que los prestadores de servicios estuviesen sujetos, únicamente, a las disposiciones normativas de su Estado de origen, independientemente de donde se prestasen los servicios. En segundo lugar, se determinaba que el control sobre el prestador y los servicios se llevaría a cabo por el

⁴⁶⁵ Sobre la protección jurídica del consumidor desde una perspectiva comunitaria, véase, GUILLÉN CARAMES, J., *El estatuto jurídico del consumidor: (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, cit.; y GUILLÉN CARAMES, J., “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”, cit., págs. 233 a 270.

⁴⁶⁶ PAREJO ALFONSO, L., *La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo?*, cit. pág. 438.

⁴⁶⁷ CHANG, M., HANF, D. y PELKMANS, J., *The Services Directive: Trojan Horse or White Knight*, cit., págs. 105-106.

Estado miembro de origen, incluso cuando estos se prestaran en un Estado diferente, lo que implicaba, asimismo, que aquel asumía la responsabilidad sobre dicho control. Por último, se recogían una serie de requisitos que los Estados no podían imponer a los prestadores provenientes de otro Estado miembro. Para que los controles que se llevasen a cabo por los Estados de origen fuesen realmente efectivos, se preveían, igualmente, unas medidas tendentes a garantizar la asistencia recíproca de los Estados miembros.

Consustancial a este principio del país de origen era garantizar la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, que como destinatarios de los servicios, eran los que podían sufrir las consecuencias negativas de la falta de calidad de los mismos, con la pésima influencia que ello podía ocasionar en la necesaria confianza que había que generar en el mercado interior⁴⁶⁸. Para ello, la propuesta de Directiva establecía varios mecanismos en su defensa. Así, el derecho de información a través de ventanillas únicas recogido en el artículo 7, por el que los destinatarios de los servicios podrían conocer datos relevantes sobre los prestadores y las autoridades controladoras del país de origen; la asistencia a los destinatarios, artículo 22, relacionada igualmente con la información que habría de suministrarse a los destinatarios, como requisitos exigidos a los prestadores, vías de litigio abiertas en caso de conflicto, o datos de asociaciones u organizaciones de asistencia práctica.

Por último, el capítulo IV dedicado a la calidad de los servicios, contenía una serie de medidas íntimamente relacionadas con los derechos de los consumidores y los usuarios: información sobre los prestadores y los servicios (artículo 26), seguros y garantías profesionales que se pueden exigir a los prestadores (artículo 27), garantías posventa (artículo 28), resolución de litigios (artículo 32) e información sobre la honradez del prestador (artículo 33).

⁴⁶⁸ GONZÁLEZ IGLESIAS, M., “Política de Calidad de los servicios y derechos de los consumidores en la Directiva Servicios”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág. 251, “Sólo sería posible hablar de un auténtico mercado interior cuando el consumidor tenga suficiente seguridad y confianza para comprar en cualquier parte de la Unión Europea y esté seguro de que goza de un grado de protección equivalente y efectivo ante cualquier posible afectación de sus derechos.”

La inclusión de este principio levantó una importante polémica en el ámbito europeo. Fueron los sindicalistas belgas los primeros en llamar la atención sobre el proyecto de Directiva⁴⁶⁹ y, en particular, sobre el principio del país de origen, que podía ocasionar efectos negativos como el denominado “*dumping social*”⁴⁷⁰ o el llamado efecto del “fontanero polaco”⁴⁷¹. En cualquier caso, debido a las presiones sociales realizadas sobre todo en Francia⁴⁷² y Bélgica, este principio del país de origen fue eliminado, finalmente, de la Directiva. Y es que se entendió que esta regla obedecía a una visión excesivamente economicista de la Unión Europea, ya que se trasladaba el riesgo de la operación económica al usuario o consumidor de esos servicios, que era la parte que quedaba sometida al derecho extranjero, mientras que el prestador de servicios estaba sometido a su propio derecho, es decir, en una postura, en principio, más favorable. Es cierto que así se reducían costes globales y se facilitaba el funcionamiento del sistema de precios, algo indudablemente muy positivo, pero también hay que tener

⁴⁶⁹ PINGEL, I., “Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur”, cit., pág. 7.

⁴⁷⁰ El *dumping social* implica que las empresas se desplazan a aquellos países en vías de desarrollo donde la protección social es menor y, por tanto, también, los costes laborales. Así lo expresa DE LA DEHESA, G., “Coste laboral y *dumpingsocial*”, cit., págs. 193 “en los países en desarrollo la protección social de los trabajadores es muy reducida, las condiciones de trabajo muy duras, el número de horas de trabajo muy elevadas y los salarios muy bajos, con lo que estos países están exportando a través de sus productos esas condiciones sociales inaceptables a los países de Europa a través de sus productos”. Este denominado *dumping social* es lo que intenta evitar, precisamente, la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, ya que, para asegurar una competencia leal en prestaciones de servicios transnacionales, obliga a las empresas desplazadas a reconocer a sus trabajadores las condiciones de trabajo y empleo fijadas en el Estado miembro de acogida por las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas o por los convenios colectivos o laudos arbitrales. A estos efectos, un análisis detallado de esta cuestión podemos encontrarlo en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “TJCE –Sentencia de 18.12.2007, Laval, C-314/2005- Libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores-la supuesta legalización del *dumping social* en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 131, Madrid, septiembre/diciembre (2008), págs. 835 a 848.

⁴⁷¹ En nuestro país, sin embargo, la polémica fue mucho menos intensa, limitándose a la publicación de algunos artículos en prensa. Sólo después de su aprobación definitiva en 2006, salvo alguna excepción, podemos decir que la doctrina española despertó ante la Directiva.

⁴⁷² En el país vecino, la polvareda levantada por la propuesta de Directiva supuso el no en el referéndum sobre la aprobación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, que como es conocido, no salió adelante. BARNARD, C., “Unravelling the Services Directive”, cit., págs. 329-330, “Some attributed the French no vote in the referendum on the Constitutional Treaty in 2005 to French hostility to the proposed Services Directive, or at least to their perception of the excessive economic liberalism which they saw the Services Directive as representing.”

en cuenta la posición asimétrica en la que se situaba al receptor de los servicios⁴⁷³. Además, en palabras de PINGEL, I., suponía un profundo cambio de método en el derecho comunitario⁴⁷⁴.

Pero, ¿Qué hubiera implicado la conservación de este principio en el texto final de la Directiva Servicios? Pues bien, para algunos, “los temores que en su momento proyecto la Directiva, y en concreto, el principio del país de origen, eran en gran medida infundados. Al contrario, el principio del país de origen, de haberse mantenido en la Directiva, hubiera constituido una forma razonable y proporcionada de liberalizar el sector de los servicios en el ámbito del mercado interior, sin tener que incurrir en los costes que un proceso complejo de armonización sector por sector hubiera conllevado”⁴⁷⁵. Y es que, según parece, lo que se quería evitar a toda costa con la regla del país de origen, era el sometimiento de las empresas europeas que prestasen servicios transnacionales a una doble regulación: la del Estado de origen y la del Estado de acogida⁴⁷⁶.

Sin embargo, otros autores no lo ven tan claro. Así, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., opina, por su parte, que la regla del país de origen suponía “la puesta en cuestión [...] de las conquistas sociales obtenidas en los países más desarrollados de la Unión, como consecuencia de la competencia de

⁴⁷³ JIMENEZ GARCÍA, F., “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, Madrid, 2007, pág. 780.

⁴⁷⁴ PINGEL, I., “Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur”, cit., pág. 8, “l’application généralisée du principe du pays d’origine, sans harmonisation parallèle des législations nationales traduit un changement profond de méthode en droit communautaire”, citando al Consejo de Estado Francés, *Avis* n° 371.000.

⁴⁷⁵ ESTELLA DE NORIEGA, A., “El principio del “país de origen” en la propuesta de Directiva Bolkestein” dentro de la obra colectiva DE LA QUADRA-SALCEDO, T (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 173.

⁴⁷⁶ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: una perspectiva general”, cit. pág. 22, habla, en este mismo sentido, de “doble carga regulatoria”.

los servicios provenientes de prestadores de los países menos desarrollados”⁴⁷⁷. Llamaba la atención este autor, asimismo, sobre el riesgo que esta regla conllevaba para los consumidores y usuarios, pues podía implicar una menor calidad de los servicios prestados ya que la regulación del país de origen podía ser mucho menos exigente que la del país de destino. En este mismo sentido se pronuncia CARBALLO PIÑEIRO al manifestar que “En el modelo subyacente a la Propuesta de Directiva, la seguridad y el bien común se subordinan a la construcción del mercado interior, sobre la presunción de que aquellos iban a quedar garantizados a través de la ley del Estado de origen.”⁴⁷⁸

En mi opinión, y refiriéndome en concreto al ámbito turístico, el mantenimiento del principio del país de origen hubiera tenido consecuencias negativas para el sector. Bien es cierto que la aplicación de ese principio hubiera podido suponer, en principio, un aumento de la inversión extranjera en nuestro país, ya que aquellas empresas europeas que tuvieran pensado establecerse en territorio español, lo hubieran hecho más fácilmente de saber que podían aplicar su propio Derecho de origen. Pero, por otro lado, no podemos olvidar que uno de los principios esenciales de la regulación turística autonómica es el mantenimiento de unos niveles adecuados de calidad en los servicios ofertados. Calidad que no podemos garantizar que exijan otra regulaciones europeas con la rigurosidad que se pide en nuestro ordenamiento, o incluso que exista regulación sobre la materia, lo que implicaría, de mantenerse vigente la regla mencionada, que podrían establecerse en nuestro país empresas que, o bien no exigiesen los mismos niveles de calidad para sus servicios de turismo, o bien, directamente, no regulasen la materia⁴⁷⁹. Como es fácilmente comprensible, la relajación en los niveles de calidad requeridos a las empresas de servicios turísticos que se establecen en nuestro territorio, pueden acarrear importantes daños a la imagen que queremos proyectar de turismo

⁴⁷⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?, cit., pág. 225.

⁴⁷⁸ CARBALLO PIÑEIRO, L., “Libre circulación de servicios, calidad de los servicios y mecanismos de tutela trasfronteriza”, en la obra colectiva NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit. pág. 225.

⁴⁷⁹ Es lo que DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen”, cit., pág. 226, denomina muy gráficamente, “remisión al vacío”.

cualitativamente superior, sin mencionar los perjuicios que se pueden ocasionar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁴⁸⁰.

No obstante, pese a que como he mencionado más arriba el principio del país de origen fue eliminado del contenido final de la Directiva, determinados autores estiman que, con el texto definitivo de la norma comunitaria en la mano, el principio del país de origen sigue presente⁴⁸¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, habría que tener muy presente dicho efecto y exigir a las empresas y profesionales que se establezcan o presten servicios turísticos en nuestro país, el cumplimiento de los requisitos mínimos de calidad establecidos por la legislación correspondiente, sin discriminación alguna, pero con toda rigurosidad, pues garantizar la calidad de los servicios turísticos constituye en nuestro país, como ya he tenido ocasión de manifestar, una razón imperiosa de interés general.

2.7.- Relación entre Globalización, liberalización y Directiva Servicios

⁴⁸⁰ En este mismo sentido se pronuncia, DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. en, “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen”, cit. pág. 249, cuando manifiesta que “hay que suponer que el prestador que procede de otro país de la Unión reúne los requisitos adecuados para la protección de los bienes y valores que subyacen en las razones imperiosas de interés general cuando se desplaza a otro país distinto del de establecimiento. Pero puede ocurrir que el Estado de establecimiento sea poco exigente, sin que la DSE (Directiva Servicios) muestre la menor preocupación por la defensa de los bienes y valores que están detrás de las razones imperiosas de interés general ...”

⁴⁸¹ Así, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. en, “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen”, cit., pág. 221 a 263, opina que “el espectro de la regla del país de origen amenaza con reaparecer por las esquinas y vericuetos del proceso de desarrollo de la DSE (Directiva Servicios), aunque anidaba ya en el seno mismo de esta, [...] pero empieza a mostrarse con mayor claridad al apagarse los primeros deslumbramientos provocados por la Directiva”. Y es que, según piensa el autor, “la regla del país de origen emerge de los intersticios de la Directiva y amenaza con que la regulación protectora de las razones imperiosas de interés general sea desplazada en la práctica por la menos protectora...”. En el mismo sentido cabe mencionar a BARNARD, C. “Unravelling the Services Directive”, cit., pág. 327, cuando señala que “Despite the change of wording in Article 16(1), elements of the country of origin principle can be found elsewhere in the Directive”.

En esta línea de estudio de los orígenes de la Directiva Servicios, no se puede pasar por alto que algunos autores sitúan esta norma dentro de un contexto mucho más amplio de globalización⁴⁸² y liberalización económica⁴⁸³, fenómenos que están, a su vez, íntimamente relacionados. En este sentido, en un interesantísimo trabajo de José ESTEVE PARDO, se hace referencia, igualmente, al fenómeno del traslado de funciones propias del Estado, a la sociedad, es decir, al sector privado, en todos los grandes capítulos del Derecho Administrativo, señalando expresamente, en referencia ese flujo de funciones que “se abre cuando en muchos sectores económicos y de servicios desaparece el control o la intervención administrativa previa, que es desplazada por un régimen de simple comunicación que traslada al promotor la tutela de la actividad que pretende desarrollar, tutela que no encontrará, tutela que no encontrará ya en la Administración sino en los sujetos y expedientes de Derecho privado a los que quiera acogerse”⁴⁸⁴

En efecto, desde el punto de vista de la globalización, desde hace varios años asistimos a un conjunto de fenómenos económicos cuyas características fundamentales se pueden sintetizar en las siguientes⁴⁸⁵:

⁴⁸² Desde este punto de vista, no cabe duda de que el turismo es un sector económico especialmente vinculado a este fenómeno, como ha puesto de manifiesto muy recientemente, RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, “Globalización y calidad turística: la respuesta de la Unión Europea y su inclusión en la planificación territorial y turística española”, cit., pág. 374.

⁴⁸³ ZAPATERO MIGUEL, P., “El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto” en la obra colectiva DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 18, Manifiesta el autor que “el proyecto comunitario del mercado único de servicios no es un mero proceso interno europeo desligado del contexto global. Está imbricado en un proceso jurídico global de liberalización económica. Por tanto el texto es, asimismo, un reflejo del escenario legal multilateral. Para la Unión Europea la liberalización de servicios consta de un anverso regional y un reverso multilateral no plenamente coincidentes. Ambas caras de la moneda fueron definidas en paralelo; a través del proceso de elaboración de la Directiva, por un lado, y las posiciones negociadoras de la Unión Europea en la OMC (Organización Mundial del Comercio) durante esas fechas, por otro”.

⁴⁸⁴ ESTEVE PARDO, J., “La extensión del Derecho público, Una reacción necesaria”, cit., pág.15, donde continúa diciendo que “Este traslado, ya masivo, a sujetos privados de funciones tradicionalmente situadas bajo la órbita de la Administración es una muestra y consecuencia de la profunda recomposición que se opera en las relaciones entre el Estado y sociedad debidas a transformaciones muy relevantes que no se producen en el Estado o las Administraciones públicas sino en la sociedad”.

⁴⁸⁵ AUBY, J.B., “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, Madrid, 2001, pág. 8.

- Movilidad de actividades productivas y de empresas multinacionales.
- Incremento de competición entre territorios para acoger actividades económicas.
- Búsqueda de espacios lo más *desreglamentados* posible.

La Unión Europea, como es lógico, no se ha aislado de este proceso general sino, muy al contrario, por sus especiales características, ha sido, y seguirá siendo, uno de sus principales protagonistas e impulsores⁴⁸⁶. Y es que no se debe olvidar que el propio nacimiento de las entonces denominadas Comunidades Europeas se basaba en la eliminación de fronteras y otras barreras entre los diferentes países europeos para permitir la libre circulación del carbón y del acero, primero, y otras mercancías y servicios, después, fijando como objetivo a largo plazo la consecución de un Mercado Interior. Los avances políticos de la Unión Europea han ido siempre unidos al cumplimiento de los objetivos económicos.

Por otro lado, como ya he señalado más arriba, este proceso globalizador está íntimamente relacionado con el de la liberalización económica, aunque aquel es más amplio que este⁴⁸⁷. En realidad, algún autor considera que la liberalización es una causa de la globalización⁴⁸⁸. En cualquier caso, lo que no se puede negar es que este fenómeno

⁴⁸⁶ Relevantes autores, sin embargo, manifiestan sus dudas sobre si la construcción comunitaria se puede identificar con el fenómeno globalizador o si, por el contrario, se trata de una reacción o una herramienta de resistencia al mismo. Así, AUBY, J.B., “Globalización y descentralización”, cit. pág. 10, donde pone de manifiesto que “la construcción comunitaria tiene esta significación ambivalente acerca de la globalización. Es, antes que nada, un instrumento de la liberalización de los movimientos de bienes y servicios y de capitales [...]. Pero, por el contrario, la conservación comunitaria también es una herramienta de defensa contra la globalización o, si se quiere, de particular adaptación a ella.

⁴⁸⁷ ALLI ARANGUREN, J.C., *Derecho Administrativo y Globalización*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 362, indica el autor de esta obra que “la globalización no es solo económica y cultural, sino también jurídica y ha generado un Derecho mundial que supera la soberanía y las fronteras como espacio de vigencia del Derecho del Estado-Nación y sus normas constitucionales.

⁴⁸⁸ MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, señala como factores o causas del proceso de globalización “La supresión o reducción de las barreras jurídicas (desregulación de los mercados financieros, reducción de aranceles, de los límites existentes a las importaciones, y de las trabas al establecimiento de empresas extranjeras, etcétera) a la circulación de bienes, servicios, capitales y –en mucha menor medida– personas, producidas tanto a nivel regional (en el marco de las áreas de integración que ya existían –Unión Europea sobre todo– o que se han creado –NAFTA y MERCOSUR– por ejemplo)

globalizador ha afectado al Derecho, en general, y al Derecho público⁴⁸⁹ de manera especial, produciéndose un proceso de convergencia jurídica⁴⁹⁰ que afecta a los Derechos nacionales de todos los Estados⁴⁹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece claro que la Directiva Servicios, por sus características, sí puede considerarse como una manifestación jurídica de este procesogeneral de globalización y liberalización pues, por un lado, tiende a eliminar las barreras y restricciones existentes entre los Estados miembros para favorecer la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento y, por otro, prohíbe a estos el uso de determinados instrumentos jurídicos (autorizaciones) que hasta el momento eran habituales, produciendo un cambio en los ordenamientos jurídicos internos.

No pretendo aquí ni ensalzar ni criticar la globalización o la liberalización. Mi única intención es poner de manifiesto que la norma jurídica comunitaria analizada puede ser integrada dentro de ese proceso mucho más amplio. Y es que, la

como mundial (sobre todo, los acuerdos alcanzados en el marco de la Ronda de Uruguay del GATT y de la organización de ella surgida, la Organización Mundial del Comercio). En el ámbito turístico, HUESCAR, A., *Nuevo marco conceptual del turismo*, Estudios Turísticos, núm. 117, 1993, pág. 24, indica que “desde 1986, el turismo fue objeto de interés en negociaciones comerciales globales. En efecto, en ese año los servicios fueron incluidos en la Ronda de Uruguay, promovidos en el seno del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, organismo más conocido por sus siglas en inglés: el GATT [...] De hecho, puntos importantes de esas negociaciones, en lo que se refiere al turismo, han sido la libertad de establecimiento, el tratamiento nacional, la movilidad de la mano de obra y de la inversión”

⁴⁸⁹ MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit. pág. 72. “La globalización económica y la integración europea constituyen los factores de transformación más relevante del Derecho administrativo de nuestros días”

⁴⁹⁰ MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit. pág. 64. Señala, como es lógico, que ese proceso de convergencia jurídica es especialmente intenso en el ámbito de la Unión Europea.

⁴⁹¹ Esta convergencia y afectación de los Derechos de los Estados está llegando a difuminar las líneas fronterizas entre el *Common Law* y el *Civil Law*, según ha manifestado PEÑUELAS I REIXACH, L., *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 20, “evolución hacia un mismo punto de encuentro experimentada en los últimos años por todos los sistemas jurídicos occidentales, tanto los pertenecientes a la familia del *Civil Law* como los del *Common Law*”. Y sigue diciendo: “Aun tiene sentido hablar de sistema de *Common Law* y *Civil Law*, pero debe resaltarse que las diferencias entre estas dos familias tienden progresivamente a desdibujarse y que nunca antes en la historia se hubiera podido encontrar una aproximación tan grande entre los sistemas jurídicos nacionales que lo integran”, pág. 38.

globalización, con sus causas y efectos, no puede ser considerada por sí misma como algo bueno o malo, sino que es un “fenómeno poliédrico que conviene analizar sin apriorismos”⁴⁹². Me parecen, por ello, demasiado “catastrofistas” algunas visiones de la Globalización realizadas por determinados autores⁴⁹³.

En mi opinión, es cierto que la Globalización está impulsada por un movimiento liberalizador, con efectos desreguladores⁴⁹⁴ o autorreguladores⁴⁹⁵, que puede ocasionar importantes modificaciones en la forma de entender nuestro tradicional Derecho administrativo (como ya he declarado, la Directiva Servicios

⁴⁹² GUICHOT, E., “Globalización jurídica y Derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pág. 310, citando, a su vez, una obra de AUBY, J.B., *La Globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, París, 2ª Ed., 2010.

⁴⁹³ Sirva como mero ejemplo, a estos efectos, la obra de OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la Globalización*, Ed. Reus, Madrid, 2004. Aunque alguna de las tesis se aproxima bastante a lo que parece que está ocurriendo: “La Administración pública de los Estados nacionales queda subordinada, en ámbitos importantísimos de la actividad económica y, en consecuencia, en la propia intervención administrativa”, pág. 55, o cuando manifiesta que “La mundialización produce el crecimiento de la anomia y refuerza la indeterminación del orden jurídico internacional. En el mismo sentido negativo ALLI ARANGUREN, J.C., *Derecho Administrativo y Globalización*, cit. pág. 215, “La nueva economía se basa en la globalización, en el predominio del mercado y en la empresa privada multinacional. Ello implica la reducción del papel económico de los Estados, la privatización de las empresas y los servicios públicos, la reducción de la participación del gasto público en el PIB y el establecimiento de un nuevo orden de relaciones económicas nacionales e internacionales.

⁴⁹⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI “Mercado Interior y Directiva Servicios”, cit., pág. 289, recalca, en este sentido, que es perfectamente legítimo que la Unión Europea adopte, a la hora de emitir sus normas y decisiones, la doctrina de la escuela de pensamiento desreguladora. Lo que no considera legítimo, sin embargo, es que una decisión de tal trascendencia se nos trate de vender desde determinados sectores doctrinales como si se tratase de una mera codificación de lo que ya estaba en la jurisprudencia sobre las libertades básicas del mercado interior.

⁴⁹⁵ En este sentido, cabe mencionar a DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., “La autorregulación y sus formas como instrumentos de regulación de la Economía”, cit., pág. 2, donde pone de manifiesto que “es necesario advertir que la autorregulación es un fenómeno estrechamente vinculado por razones diversas a la globalización. Los mercados con mayor tendencia y capacidad de autorregulación son aquellos vinculados a sectores fuertemente internacionalizados. Las mejores expresiones de la autorregulación en el ámbito industrial, empresarial o profesional tienen también un ámbito territorial global. Cualquier aproximación a la autorregulación choca frontalmente con la dificultad que comporta tener que enfrentarse a una realidad que traspasa con toda normalidad las estrechas fronteras territoriales que han venido delimitando tradicionalmente el acervo conceptual de una disciplina científica. Esta dificultad metodológica se encuentra agravada por la influencia de las técnicas de autorregulación procedentes de órbitas culturales diversas, así como la influencia del uso del término autorregulación en otras disciplinas y en otros países. Las razones expuestas justifican sobradamente la necesidad de intentar sintetizar algunas de las aportaciones más relevantes relacionadas con el marco conceptual de la autorregulación. Esta tarea de depuración conceptual resulta especialmente oportuna cuando se observa la manipulación ideológica de los términos “regulación” y “autorregulación” en el marco de los debates sobre la crisis del Estado de fines del siglo pasado, así como en la reciente crisis de los mercados financieros.

es un claro ejemplo de ello), pero ello no debe amedrentarnos, muy al contrario, es una ocasión idónea para revisar viejos conceptos y categorías que pueden haber quedado obsoletos⁴⁹⁶. Estamos, en definitiva, ante una especie de “darwinismo jurídico”⁴⁹⁷, tal y como ha calificado algún autor, es decir, no podemos quedarnos anclados en el pasado, tenemos nuevos retos que hay que afrontar con dosis equilibradas de valentía y prudencia, adaptándonos a los nuevos tiempos.

Dicho esto, tampoco estimo adecuado situarse en el extremo contrario respecto a las modificaciones y variaciones en el Derecho administrativo. **No es conveniente tampoco, según entiendo, una euforia desmedida que propugne una revisión total de nuestro ordenamiento jurídico administrativo sin el debido y meditado análisis de las consecuencias. Hay mucho en juego: intereses generales tales como seguridad y salud pública, orden público, calidad de los servicios, defensa de consumidores y usuarios, medio ambiente, etcétera, que han de ser adecuadamente protegidos por los poderes públicos con los instrumentos adecuados, de manera eficaz y eficiente.** Y es que “una eliminación indiscriminada de la intervención estatal (o autonómica, añadido yo) daría lugar a un mercado imperfecto en unas condiciones de anomia que dejaría los servicios en manos de un mercado que no vela, de forma natural, por los intereses generales.”⁴⁹⁸

Esto es lo que parece que ha ocurrido en nuestro Derecho interno con la transposición de la Directiva Servicios⁴⁹⁹, al menos en el sector turístico, que es el que

⁴⁹⁶ MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit. pág. 245. “El Derecho administrativo del siglo veintiuno es el Derecho administrativo de la segunda modernidad, requiere una nueva piel, nuevas técnicas, nuevos instrumentos. Los administrativistas debemos ayudar a confeccionarla, no tratar de seguir enfundándolo en la vieja piel, una piel en muchos aspectos inservible, demasiado rígida y poco flexible.”

⁴⁹⁷ ADAME GODDARD, J., “Las cláusulas de la globalización”, dentro de la obra colectiva *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, DOMINGO, R., SANTIVÁÑEZ, A. y CAICEDO, A. (Coordinadores), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 90.

⁴⁹⁸ VIDA FERNÁNDEZ, J., “Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios”, en la obra colectiva DE LA QUADRA-SALCEDO DEL CASTILLO, T (Dir.) *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 212.

⁴⁹⁹ Claro exponente de la globalización, según he tenido ocasión de manifestar ya en varias ocasiones.

aquí estoy estudiando. Es decir, se ha producido una eliminación sistemática de los controles previos (autorizaciones y otros) y se han sustituido por mecanismos de intervención administrativa más suaves que requieren controles *ex post* (comunicaciones previas y declaraciones responsables) sin arbitrar los medios adecuados para su implantación, con una regulación autonómica inadecuada en muchos casos, y sin tener en cuenta que existen intereses generales en juego⁵⁰⁰ (medio ambiente, derecho de consumidores, etcétera) esenciales para asegurar unos niveles mínimos de calidad turística que garanticen el éxito del sector. Lo dejo simplemente apuntado, pues voy a tener ocasión de referirme a ello de forma más detallada y exhaustiva más adelante.

3.- Características esenciales de la Directiva Servicios.

Como ya he tenido ocasión de manifestar más arriba, la Directiva Servicios es una norma comunitaria que presenta características novedosas respecto de otras normas similares dictadas por la Unión Europea. En este sentido, se puede hablar de una norma “sin duda alguna ciertamente peculiar en el contexto del Derecho comunitario.”⁵⁰¹ Debido al complicado proceso de elaboración, con ideologías antitéticas enfrentadas, la norma definitivamente aprobada adolece de ciertos defectos desde el punto de vista de técnica legislativa, lo que la convierte en una Directiva con características especiales que no poseen otras normas similares⁵⁰².

⁵⁰⁰ NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, en VV.AA, *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, INAP, Madrid, 2011, pág. 168, “...la concepción de los cambios sectoriales como un mero barrido de sustitución de autorizaciones por comunicaciones y/o declaraciones responsables ha omitido una regulación exhaustiva de los requisitos de acceso y ejercicio de actividades entendidos no como obstáculos para entorpecer estas actividades sino como concreción de los intereses generales que se pretenden proteger”

⁵⁰¹ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág. 43.

⁵⁰² ESTEVE GARCÍA, F., “Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios”, *Revista catalana de dret public*, núm. 42, 2011, pág. 2, “el resultado final (refiriéndose a la Directiva) es un texto técnicamente defectuoso, con numerosas contradicciones y ambigüedades, lo que confiere un notable poder al Tribunal de Luxemburgo que, tarde o temprano, deberá interpretar algunas de sus disposiciones [...] La propia directiva no es un ejemplo de simplicidad

A continuación, voy a proceder a enunciar las características más relevantes de la Directiva Servicios para proceder, seguidamente, a analizarlas de manera más detallada. Así, se puede indicar que la Directiva es una norma transversal u horizontal, compleja, liberalizadora, desreguladora, centralizadora y dinámica.

3.1.- Transversalidad u horizontalidad de la Directiva y del objeto regulado. Cuestiones relativas al ámbito de aplicación.

Que la Directiva Servicios es una norma transversal u horizontal es una de las afirmaciones más pacíficas que se pueden realizar sobre la misma⁵⁰³. Y es que, en efecto, estamos ante una Directiva que, como novedad en el Derecho comunitario⁵⁰⁴, regula un ámbito general de la economía, y no sectorial, como venía siendo lo habitual.

Como el propio enunciando de la norma pone de manifiesto, se refiere a *los servicios en el mercado interior*. Es decir, en principio, a todos los servicios que se puedan prestar en el ámbito de la Unión Europea y por prestadores comunitarios, con la única excepción de los indicados en el artículo 1 apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7⁵⁰⁵; y en el

y, en algunas cuestiones, es demasiado parca, en otras, demasiado ambigua y esto ha provocado, tanto en su fase de adopción como en la implementación, un proceso de encadenamiento de dudas [...] Su originalidad se halla precisamente en la mezcla que integra de instrumentos de codificación, desregulación, armonización, simplificación y coordinación administrativa”.

⁵⁰³ Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que tal vez sea una de las pocas características de la Directiva sobre las que existe unanimidad en la doctrina.

⁵⁰⁴ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. págs. 34, “La principal novedad de esta norma comunitaria es, sin duda, su método horizontal”.

⁵⁰⁵ 2. La presente Directiva no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios.

3. La presente Directiva no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia.

artículo 2.2⁵⁰⁶, y aquellos otros que ya se encuentren regulados por una Directiva sectorial (artículo 3.1)⁵⁰⁷.

El ámbito de aplicación de la Directiva es, por consiguiente, muy amplio⁵⁰⁸.

Y es que, si hablamos de servicios, podemos entender incluidos una amplia y

La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse.

4. La presente Directiva no afecta a las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, respetando el Derecho comunitario, para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación.

La presente Directiva no afecta a la normativa de los Estados miembros en materia de Derecho penal. Sin embargo, los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestar servicios mediante la aplicación de disposiciones de Derecho penal que regulen o afecten específicamente al acceso o ejercicio de una actividad de servicios eludiendo las normas establecidas en la presente Directiva.

6. La presente Directiva no afecta al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario. Tampoco afecta a la legislación nacional en materia de seguridad social de los Estados miembros.

7. La presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario.

⁵⁰⁶2. La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

- a) los servicios no económicos de interés general;
- b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE;
- c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE;
- d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado;
- e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;
- f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;

⁵⁰⁷ No se trata más que de la concreción, del principio general del Derecho enunciado con el siguiente aforismo latino: *lex specialis derogat legi generali*.

heterogénea variedad de actividades. No es un sector aislado de la economía, sino que estamos ante “actividades horizontales que afectan a todos los sectores económicos”⁵⁰⁹. Tradicionalmente, los servicios han sido considerados como una categoría residual dentro del ámbito de la economía: lo que no puede considerarse ni agricultura, ni industria/manufacturas, es decir, el sector terciario, como sector improductivo⁵¹⁰. Sin embargo, como es fácilmente comprensible, esta idea ha ido evolucionando hasta situar a los servicios en el lugar que le corresponde dentro de la economía, donde suponen alrededor del 70 por 100 del Producto Interior Bruto, generan empleo y valor añadido y son un factor esencial en la innovación y capacidad competitiva⁵¹¹.

La transversalidad u horizontalidad de la norma comunitaria no es, por tanto, una característica que se pueda proclamar de esta en sí misma de forma exclusiva, sino también de la materia que regula, es decir, los servicios. Así, se ha puesto de manifiesto que “La Directiva de Servicios ha venido a colocar a los servicios dentro del ámbito regulatorio europeo, produciendo una suerte de europeización del sector, que trasciende de la mera garantía de las libertades de prestación y de establecimiento, para adentrarse en su núcleo regulatorio básico; tendencia europeizante que cuyo horizonte no parece acabar en este sector.”⁵¹²

⁵⁰⁸ DE WAELE, H., “The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A challenge for the European and de National Legal Orders”, cit., pág. 525, lo califica como sorprendente: “The scope of applications is truly astonishingly, covering such diverse manifestations as tourism, legal assistance, management consultancy, and prostitution “

⁵⁰⁹ RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 20.

⁵¹⁰ RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, cit., págs. 41-42.

⁵¹¹ RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, cit., pág. 23.

⁵¹² URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de Servicios”, en la obra colectiva NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 44.

Por otro lado, llama la atención la manera en que la Directiva ha llevado a cabo la delimitación negativa de su ámbito de aplicación. Así, distingue aquellos servicios sobre los que la Directiva “no trata”, de aquellos otros a los que la Directiva “no afecta”, existiendo una tercera categoría que sería aquellos a los que la norma “no se aplica”.

Empezando por este último término, cuando la Directiva se refiere a materias a las que “no se aplica”, parece querer expresar que se trata de aquellas que por su propia naturaleza deberían haber quedado dentro de su ámbito de aplicación, pero que el legislador comunitario ha querido dejar fuera expresamente por distintas razones⁵¹³. Con esta fórmula de “no se aplicará”, se excluyen todas las materias contenidas en el artículo 2, como por ejemplo, servicios financieros, empresas de trabajo temporal, actividades de juego por dinero, etcétera.

Por otro lado, con los términos “no tratar” y “no afectar” a los que se refiere el artículo 1, “parece, en cambio, que se quiere subrayar algo más”⁵¹⁴.

Cuando se utiliza la fórmula “no tratar”, la Directiva parece referirse a materias que, por sus propias características, no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva, “se trata de una declaración de conocimiento, no de una declaración de voluntad: es la constatación de que en el ámbito material que la Directiva se marca en el núm. 1 del art. 1 no caben cuestiones que se dicen en sus números. 2 y 3.”⁵¹⁵. El

⁵¹³ DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior”, en la obra colectiva DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T (Dir.) *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, cit., pág. 92.

⁵¹⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior”, en la obra colectiva DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T (Dir.) *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, cit., pág. 92.

⁵¹⁵ DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior*, en la obra colectiva DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T (Dir.) *El mercado interior de servicios en la Unión*

ejemplo paradigmático se encuentra en lo dispuesto en el artículo 1.2 cuando se dice que “La presente Directiva no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios”.

Más problemas genera el último de los términos al que me voy a referir, “no afectar”. En este caso concreto nos encontramos ante materias que, en principio, podrían quedar dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, pero que se quieren dejar fuera por diferentes motivos. En ese sentido estamos en el mismo supuesto de la “no aplicación”, sin embargo, la principal diferencia se encuentra en que aquel “no se refiere a servicios sino a medidas que pueden tomarse por distintas razones en relación a distintas actividades”⁵¹⁶. “En el caso de la “no aplicación” se trata de servicios que quedan excluidos de la aplicación de la Directiva a actividades descritas, justamente, como tales servicios; en el caso de la no afección, estamos ante “medidas” establecidas, por ejemplo, en las leyes penales o laborales o en las regulaciones del ejercicio de derechos y libertades fundamentales”⁵¹⁷. Ejemplos de materias no afectadas, sin ánimo de ser exhaustivo, son las medidas adoptadas para fomentar la diversidad cultural y lingüística⁵¹⁸ y garantizarla defensa del pluralismo de los medios de comunicación; o al Derecho laboral o penal.

Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior, cit., pág. 92.

⁵¹⁶ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior*, en la obra colectiva DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, cit., pág. 94.

⁵¹⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior*, en la obra colectiva DE LAQUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, cit., pág. 94.

⁵¹⁸ Sin perjuicio de que sea desarrollado más adelante, creo oportuno hacer referencia al hecho de que la exigencia del conocimiento de la lenguas cooficiales, como requisito de acceso a la profesión de guía turístico, no se verá “afectado”, por consiguiente, por la Directiva Servicios, por lo que la comunidad autónoma correspondiente podrá exigir la acreditación de esta circunstancia con carácter previo al acceso a la actividad de que se trate. Así, por ejemplo, el Decreto 5/1998, de 7 de enero, que aprueba el reglamento de guías turísticos de Cataluña exige conocimientos de catalán para obtener la necesaria

3.2.- La complejidad de la Directiva Servicios

La Directiva Servicios es una norma compleja en varios sentidos y por numerosos factores, lo que incide de manera importante en el proceso de transposición, que será igualmente muy complicado⁵¹⁹.

En primer lugar, como ya he tenido ocasión de referirme más arriba, por su intrincado proceso de elaboración que ha durado varios años⁵²⁰, y que no ha estado exento de polémica, sobre todo en lo referente al principio del país de origen, finalmente eliminado del texto definitivo como ya he explicado en otro epígrafe, aunque no de raíz, según entiende parte de la doctrina⁵²¹. Y es que, la norma tiene un intenso sesgo liberal (como explicaré en el epígrafe siguiente) que ha intentado ser neutralizado de alguna manera ante las protestas de determinados grupos de presión. Este intento de corregir determinados principios de la primera propuesta ha tenido como resultado una elaboración más compleja y un texto definitivo que no resulta sencillo. De hecho, VILLAREJO GALENDE señala que “paradójicamente, una norma que aboga por una menor y mejor regulación no es el mejor ejemplo de calidad, simplicidad y precisión regulatoria⁵²²”.

habilitación previa. En el mismo sentido, En Galicia, el Decreto 42/2001, de 1 de febrero, exige acreditar conocimientos de las lenguas cooficiales en la comunidad.

⁵¹⁹ URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 46, señala el autor que “La adaptación al Derecho interno de una norma como la Directiva de Servicios es una labor de extrema complejidad”

⁵²⁰ Se debe tener en cuenta que la Estrategia Europea de Lisboa se lleva a cabo en el año 2000, y se realizan diferentes informes en los años siguientes hasta que es aprobada a finales de años 2006, con lo que el camino de la Directiva Servicios, hasta su aprobación definitiva, ha sido largo.

⁵²¹ Ver nota a pie de página núm. 63, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. en, “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, cit., págs. 221 a 263.

⁵²² VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág.53.

Por otro lado, una característica de la Directiva Servicios que la hace ser especialmente compleja es su propia transversalidad⁵²³. Estamos ante **una norma cuyo objeto es muy amplio**⁵²⁴, pues se refiere a todos los servicios que se realicen en el territorio de la Unión Europea, con las excepciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la norma. La complejidad radica, sobre todo, en la necesidad de revisar un amplio número de normas por parte de los Estados miembros a la hora de llevar a cabo su transposición, realizando lo que algún autor ha denominado “Gran Tour de la Reflexión”⁵²⁵. Si estuviéramos ante una Directiva de naturaleza sectorial, la identificación de las normas afectadas sería mucho más sencilla. Sin embargo, el carácter horizontal de la norma hace que la labor de transposición a los ordenamientos jurídicos internos sea mucho más complicada, pues, en primer lugar, habrá que identificar las normas (tanto legales como reglamentarias) que se han de adaptar a las previsiones de la Directiva para, posteriormente, evaluarlas y, por último, en caso de que sea necesario, modificarlas⁵²⁶. Para hacerse una idea de la envergadura de la labor de transposición, en un primer momento se estimó que la norma comunitaria afectaría

⁵²³ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos del Derecho español, *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, núm. 32, 2009, pág. 473, “Complejidad que deriva, por un lado del propio contenido general de la misma, que afecta a un conjunto que quiere ser amplio de las actividades de servicios, con numerosos sectores económicos implicados”

⁵²⁴ En este mismo sentido de la complejidad derivada de la amplitud del objeto se pronuncia VIDA FERNÁNDEZ, J., *Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios*, en la obra colectiva *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 224, “El hecho de que se trate de una Directiva transversal cuyo contenido se plantea en términos generales (en tanto no contiene medidas dirigidas a aspectos concretos) da lugar a enormes dificultades a la hora de llevar a cabo una adecuada transposición por parte de los Estados Miembros”

⁵²⁵ DE WAELE, H., *The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A challenge for the European and de National Legal Orders*, cit. pág. 527, “Members States authorities have in the past years embarked upon a “grand tour of reflection”, verifying at every level of public administration whether the national rules and schemes on services provision are Europa-proof in light of the directive (Las Autoridades de los Estados miembros se han embarcado, en los últimos años en un Gran Tour de la Reflexión, verificando en todos los niveles de la Administración pública si sus normas nacionales y los planes de prestación de servicios son adecuados a Derecho de la UE, a la luz de la Directiva.

⁵²⁶ Estas son, en concreto, las tres fases que el Gobierno del Estado estimó adecuadas para llevar a cabo la transposición de la Directiva en nuestro país: “identificación de la normativa potencialmente afectada, evaluación de compatibilidad con la Directiva, y modificación de la normativa sectorial”. A estos efectos, ver la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Ley sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio aprobado el 27 de marzo de 2009, pág. 38.

en nuestro país a 7.000 casos (procedimiento y/o normativa afectados por la Directiva) y 22 áreas sectoriales. Dentro de la Administración General de Estado, se identificaron 80 leyes y 370 Decretos. Respecto de las Comunidades Autónomas, se habló de 500 leyes y en torno a 1.700 Decretos⁵²⁷. No obstante lo anterior, las primeras estimaciones se vieron posteriormente reducidas en la realidad, pues, según el Informe sobre la Transposición de la Directiva Servicios⁵²⁸, a nivel estatal se han visto afectadas 50 leyes y 118 Reales Decretos, mientras que en las Comunidades Autónomas se habla de 199 leyes, 546 decretos, 174 órdenes y 6 resoluciones⁵²⁹. JIMENEZ ASENSIO, R., ha criticado este desfase entre las primeras estimaciones y la realidad final, calificándola de falta de “rigor empírico”⁵³⁰. En cualquier caso, esta diferencia de cifras parece poner de manifiesto que estamos ante una norma compleja cuya transposición requiere un trabajo meditado y adecuadamente planificado.

Por último, la complejidad propia de la Directiva Servicios se ve incrementada en Estados que, como el nuestro, tienen diferentes niveles de decisión política⁵³¹. Así, la norma comunitaria afecta a ámbitos materiales cuyas competencias pueden corresponder a las Comunidades Autónomas de forma exclusiva, como es el caso del turismo, que analizo en este trabajo, o concurrentes con el Estado. Igualmente, las Entidades Locales tienen competencias sobre algunas materias relacionadas con los servicios. Pese a ello, el legislador comunitario ha querido dejar claro que la Directiva ha de aplicarse en todos los Estados miembros, independientemente de su estructura interna porque, según la propia norma, “no se cuestiona el reparto de competencias

⁵²⁷ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 86.

⁵²⁸ Aprobado el 29 de abril de 2010, pág. 2.

⁵²⁹ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 86.

⁵³⁰ Informe sobre la Transposición de la Directiva Servicios, pág. 3.

⁵³¹ FERNANDEZ DÍAZ, A., “Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 135, señala que “...en el caso de España la transposición puede incrementar más que reducir los problemas o defectos de la Directiva de Servicios, ya que se trata del país más descentralizado de la Unión europea.

locales o regionales de las autoridades del Estado miembro” (artículo 10.7)⁵³². Pese a esta neutralidad manifestada por la norma comunitaria, existen autores que defienden que la aprobación de la Directiva y su transposición al ordenamiento español está teniendo efectos en la distribución constitucional de competencias. Así se manifiesta, por ejemplo, JIMENEZ ASENSIO, R.: “no cabe duda de que la DS (Directiva Servicios), pese a las reiteradas invocaciones tanto en su exposición de motivos como en su articulado de que no afecta a la distribución de competencias en los estados miembros entre las autoridades nacionales, regionales o locales, sus efectos sobre el reparto interno de competencias son y serán intensos”⁵³³; y, en los mismos términos, URRUTIA LIBARONA⁵³⁴.

En cualquier caso, la organización territorial del Estado español aporta una alta dosis de complejidad a una transposición ya de por sí muy ardua y complicada. Teniendo en cuenta esto, la colaboración entre los diferentes niveles territoriales del Estado para llevar a cabo la transposición va a resultar clave para que este proceso se vaya realizando de manera adecuada y coordinada. No obstante, no debemos olvidar que corresponde a las Comunidades Autónomas la ejecución del Derecho comunitario en aquellas materias sobre las que tengan competencias exclusivas, como es el caso del turismo⁵³⁵. Igualmente, “El Tribunal Constitucional ha

⁵³² Este principio de neutralidad de la Unión Europea respecto a la organización interna de los Estados miembros, es un principio esencial del Derecho comunitario reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia *International Fruit Company* de 13 de mayo de 1971.

⁵³³ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 115.

⁵³⁴ URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 75, al señalar que “Esta ampliación del ámbito regulatorio europeo ha sido seguida por una ampliación del ámbito de intervención del Estado, a través de una norma horizontal, produciendo como efecto una recentralización por parte del Estado de competencias descentralizadas sustentada sobre títulos horizontales”

⁵³⁵ Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 252/1988, de 20 de diciembre, en cuyo Fundamento Jurídico segundo manifiesta que: “Lo único que las Directivas imponen en este punto es, en suma, que la Administración Central sea el interlocutor único de la CEE en lo que toca al efectivo cumplimiento de las determinaciones comunitarias, pero ésta es una exigencia que, como bien se comprende, podría ser satisfecha a través de fórmulas y expedientes diversos, y no sólo, frente a lo que da a entender el Abogado del Estado, mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado de las intervenciones dichas [...]. Son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco

destacado con toda frecuencia que el orden de competencias establecido en la Constitución Española ni resulta alterado por el ingreso de España en la Unión Europea en 1986, ni tampoco se modifica por la promulgación de normas comunitarias. La ejecución de las normas comunitarias en el Derecho español corresponde a quien materialmente ostente la competencia específica”⁵³⁶

A la vista de los diferentes factores indicados, es fácilmente comprensible que estamos ante una Directiva que puede ser calificada de compleja. Complejidad derivada de su proceso de elaboración, de su propia naturaleza y que afecta, como no puede ser de otro modo, a la transposición en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros.

3.3.- ¿Norma liberalizadora o norma desreguladora? Nuevo marco jurídico para la libertad de empresa.

Esta cuestión, en concreto, ha generado mucha polémica entre la doctrina. Y es que, en principio, parece que no cabe duda de que nos encontramos ante una norma de corte liberal⁵³⁷, pues tiende a eliminar la intervención administrativa⁵³⁸ previa para el

podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional. Las normas estatutarias que, como la recogida en el art. 27.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, prevén que la Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados internacionales en lo que afecten a materias atribuidas a su competencia, no son, como resulta evidente, normas atribuidas de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la Generalidad.”

⁵³⁶ MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 309, donde se citan varias sentencias del Tribunal Constitucional en apoyo de esa tesis, por ejemplo: sentencia núm. 236/1991, de 12 de diciembre; sentencia núm. 79/1992, de 28 de mayo; y, sentencia núm. 208/1999, de 11 de noviembre.

⁵³⁷ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág. 31, señala que “La Directiva de Servicios, desde un punto de vista ideológico puede calificarse de liberal”

⁵³⁸ RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo económico*, Ed. Marcial Pons, 5ª Edición, Madrid, 2009, pág. 21, sobre el concepto de intervención administrativa señala el autor que “es muy amplio, ya que engloba distintas formas de incidencia del Estado sobre la economía.”, aunque llega a dar una

ejercicio de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, lo que favorece y facilita el ejercicio de la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española.

La Directiva Servicios, por tanto, liberaliza el sector servicios en la Unión Europea. Pese a ello, las referencias en el texto normativo a este término concreto son muy escasas, sin duda para evitar mayor polémica en la aprobación del texto definitivo⁵³⁹. No obstante, el párrafo segundo del artículo 1 resulta sumamente expresivo en este sentido, pues literalmente indica que “La presente Directiva no trata de la liberalización de servicios de interés económico general reservados a la entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios”. Luego, a *sensu contrario*, podemos entender que la Directiva trata sobre la liberalización de los restantes servicios (salvo los expresamente excluidos). Teniendo en cuenta, por consiguiente, el propio texto normativo, no cabe duda de su carácter liberalizador. Pero, resulta importante recalcarlo desde este momento, liberalización de servicios no implica que se elimine la intervención administrativa en el sector, sino que, de alguna forma, se aligera la intensidad de la misma⁵⁴⁰.

Respecto a su efecto desregulador, sin embargo, la cuestión no resulta tan pacífica, sino todo lo contrario⁵⁴¹. En primer lugar, he de señalar que entiendo por

definición entendiendo por tal intervención “cualquier forma de injerencia de la Administración en las actividades de los particulares”

⁵³⁹ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 42, nota a pie núm. 76, “La Directiva elude las referencias expresas a la liberalización”.

⁵⁴⁰ RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 172, donde el autor califica a los nuevos instrumentos de intervención administrativa (declaraciones responsables y comunicaciones previas), que sustituyen a las autorizaciones, como “medidas de intervención más livianas para las empresas”.

⁵⁴¹ Respecto a los autores que entienden que la Directiva Servicios tiene efectos desreguladores cabe citar, sin ánimo de ser exhaustivos: GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, cit. pág. 477; PAREJO ALFONSO, L., “La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo”, cit. pág. 435; VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág.43; PEREZ

desregulación la actividad de los Poderes Públicos⁵⁴² por la que se elimina el marco normativo de una determinada actividad económica⁵⁴³, en el caso que nos ocupa, la de prestación de servicios, resultando una situación de anomia y de ausencia de toda ordenación e intervención pública⁵⁴⁴.

En este sentido, entiendo que **la Directiva Servicios puede tener efectos desreguladores siempre y cuando los Poderes Públicos del Estado correspondiente lo permitan, pues si bien es cierto que se han derogado, y habrá que seguir derogando, numerosas normas que contenían regulación contraria a la Directiva, no es menos cierto que estas pueden ser sustituidas por otras acordes a la norma comunitaria sobre servicios, con una regulación de calidad, eficaz y eficiente, que garantice los intereses generales o, utilizando la terminología comunitaria, las razones imperiosas de interés general.** En este línea Alba NOGUEIRA LOPEZ habla de una “desregulación por omisión”⁵⁴⁵, término que podíamos aplicar sin problemas,

FERNÁNDEZ, J.M., “La Directiva de Servicios y su impacto en la Ordenación de gran Equipamiento Comercial”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 327; NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos” en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 100. Otros autores, sin embargo, que estiman que la Directiva no tiene efectos desreguladores son, entre otros: MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 87; RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, en la obra colectiva *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág. 62, aunque este autor matiza que sí puede haber efectos desreguladores cuando si no se refuerzan adecuadamente los controles *ex post*.

⁵⁴² Por acción o por omisión.

⁵⁴³ El profesor BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, cit., entiende por desregulación “(o mejor desreglamentación), [...] a todas aquellas medidas tendentes a dinamizar la vida económica y que consisten básicamente en la eliminación por parte de la Administración pública de todas las restricciones y limitaciones que afectan al libre desarrollo empresarial. En otras palabras, todas aquellas medidas que suponen una liberalización de la economía”.

⁵⁴⁴ A estos efectos, resultan muy interesantes las reflexiones efectuadas por el profesor Stefano RODOTÀ, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010, pág. 40, en las que manifiesta, respecto de la eliminación de las reglas jurídicas que impiden u obstaculizan la realización de determinados derechos (como el de la libertad de empresa), “que el obstáculo puede consistir no en la presencia del derecho, sino en la manera en que esté configurado”. Trasladando este pensamiento al ámbito que aquí nos ocupa, se puede manifestar que, en la mayoría de las ocasiones, lo importante no será la eliminación de las reglas jurídicas que regulan las actividades económicas, (que puede acarrear importantes problemas), sino una adecuada configuración de las técnicas de policía administrativa y una Administración eficaz.

⁵⁴⁵ NOGUEIRA LOPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos” en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 100, con este término, la autora se refiere, en concreto, a la ausencia

según entiendo, a la falta de actividad por parte de los Poderes Públicos para solventar las situaciones de ausencia de normativa que, como tendré ocasión de indicar más abajo, es uno de los principales problemas ocasionados en la transposición de la norma comunitaria en nuestro país.

En el sector del que me ocupo en este trabajo, el turismo, la desregulación ha sido especialmente flagrante en algunos supuestos, pudiendo afectar a uno de sus elementos esenciales: la calidad. Y es que, como consecuencia directa de la Directiva Servicios, el Estado aprobó el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio⁵⁴⁶, es decir, se deroga toda la normativa del Estado sobre ordenación del sector turístico que venía siendo aplicada de forma subsidiaria⁵⁴⁷ en aquellas Comunidades Autónomas que, pese a tener competencias exclusivas en materia turística, no habían regulado algún subsector en concreto. Al derogarse la normativa subsidiaria del Estado, aquellos subsectores turísticos no regulados por las Comunidades Autónomas quedan sin ningún tipo de normativa que les sea de aplicación, originando una gran inseguridad jurídica⁵⁴⁸. No obstante, se ha de aclarar que el efecto desregulador se produce como consecuencia de la actitud pasiva de algunas Comunidades Autónomas que han visto una ocasión propicia para liberalizar completamente el sector turístico. El Estado, al derogar la normativa turística, no ha hecho otra cosa que cumplir el Derecho comunitario.

de regulación sobre los controles *ex post*, pero, en mi opinión, se puede utilizar igualmente para referirme a la situación más general de ausencia de normativa.

⁵⁴⁶ Boletín Oficial del Estado núm. 30, Sección I, pág. 9808, del jueves 4 de febrero del 2010.

⁵⁴⁷ Artículo 149.3 de la Constitución Española

⁵⁴⁸ Algunos ejemplos de estos supuestos los encontramos, sin ánimo de ser exhaustivo, en la Comunidad de Madrid, donde no se encuentra regulado el subsector restauración, el de actividades turísticas complementarias (incluido turismo activo) o el de campamentos de turismo, entre otros; Así como en Andalucía o Cataluña donde el subsector restauración ha quedado vacío desde el punto de vista normativo.

Siguiendo este razonamiento, estoy de acuerdo en que se lleve a cabo una desburocratización⁵⁴⁹ y cierta liberalización sosegada en determinados sectores de servicios que, tradicionalmente, han tenido una gran densidad regulatoria. Sin embargo, me muestro disconforme con la adopción de medidas desreguladoras⁵⁵⁰, que suponen la eliminación de cualquier control administrativo en el sector servicios, poniendo en riesgo intereses generales que la Administración tiene, por mandato constitucional, el deber de salvaguardar⁵⁵¹. No es esto lo que persigue la Directiva Servicios⁵⁵², ya que “Nadie entre los defensores de la libertad económica, ha discutido nunca la necesidad de regulación. No porque el mercado tenga fallos, sino, simplemente, porque sin un determinado marco regulatorio el mercado no puede funcionar”⁵⁵³. Por tanto, “lo importante no es tanto desregular como que la regulación que haya sea de calidad”⁵⁵⁴, y es que, la reforma del sector servicios que propugna la Directiva no debería tener efectos desreguladores sino de mejora sobre las regulaciones ya existentes⁵⁵⁵. Parece,

⁵⁴⁹RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, cit., pág. 141. Distingue aquí el autor entre: medidas de desburocratización, consistentes en eliminar cargas administrativas y burocráticas pero manteniendo intacta la intervención administrativa; medidas de liberalización, que suponen aligerar la intervención administrativa a través de instrumentos más livianos, reforzando la actividad de control *ex post*; y las medidas desreguladoras, que implican la eliminación de la intervención administrativa, tanto *ex ante*, como *ex post*.

⁵⁵⁰ Resultan muy interesantes, a estos efectos, las reflexiones del profesor Stefano RODOTÀ en *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, cit.

⁵⁵¹ La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, según establece el artículo 103.1 de la Constitución Española.

⁵⁵² Aunque una parte importante de la doctrina sostiene que la Directiva Servicios tiene efectos desreguladores, como, por ejemplo, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI “Mercado Interior y Directiva Servicios”, cit., pág. 261, donde indica que “la Directiva supone una potencial desregulación del mercado”

⁵⁵³ EGUIDAZU PALACIOS, F., “Consecuencias económicas de la regulación, la Directiva de Servicios y la Unidad del Mercado”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 112.

⁵⁵⁴ ALVAREZ ARCE, J.L., y RÁBADE HERRERO, L.A., “La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit.

⁵⁵⁵ BERENGUER FUSTER, L., “Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva Servicios”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 65, “La necesaria reforma del sector servicios no implica eliminar regulaciones que poseen un fin legítimo y justificado de carácter no económico”

entonces, que el legislador español (estatal y autonómico) ha ido más allá de lo exigido por la Directiva en algunos sectores determinados⁵⁵⁶.

Por otro lado, y sin dejar nuestra Norma Fundamental, se debe poner de manifiesto que la aprobación de la Directiva Servicios ha supuesto un nuevo enfoque del artículo 38, donde se reconoce la libertad de empresa que, necesario es recordarlo, no constituye ninguna de las cuatro libertades fundamentales reconocidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁵⁷. Se puede hablar, siguiendo al profesor Santiago MUÑOZ MACHADO, S., de una auténtica “mutación constitucional”, queriendo significar con ello que “si el artículo 38 de la Constitución permitía al legislador una libre configuración de la libertad de empresa, sometiendo su ejercicio a condicionamientos, restricciones y traba de toda clase, la Directiva de Servicios reduce ahora tal libertad”⁵⁵⁸. Y es que, ciertamente, se produce una restricción en la libertad de opción por parte del legislador estatal y autonómico⁵⁵⁹, que ya no podrá elegir la manera

⁵⁵⁶LAGUNA DE PAZ, J.C., “Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, año 2009, pág. 42, “Aprovechando el paso del *Pisuerga*, la normativa española parece que irá un poco más allá, realizando algunas reformas que no vienen impuestas por la D. Servicios (Directiva Servicios). En el mismo sentido, IRANZO GUTIERREZ, S., en el prólogo a la obra *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 10, refiriéndose a la labor de transposición de la Directiva “En algunos casos, este trabajo ha ido más allá de las obligaciones impuestas por la Directiva”.

⁵⁵⁷DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Directiva de Servicios y a libertad de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 7, 2009, pág. 51, “En el ámbito comunitario, lo que se ha reconocido en el Tratado es la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento y no la libertad de empresa que permanecía en el ámbito de disposición de cada Estado miembro.

⁵⁵⁸MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., págs. 303-304. “Con ocasión de regular cada sector, las normas correspondientes pueden delimitar el ámbito lícito de la libertad de empresa, y constreñirlo también. Estas normas, dependiendo del reparto de competencias, pueden ser estatales, autonómicas y locales. Pero todas pueden delimitar lícitamente la libertad de empresa, estableciendo condicionamientos, prevenciones, requisitos o restricciones a su ejercicio.” De mutación constitucional habla, igualmente, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Directiva de Servicios y a libertad de empresa”, cit., pág. 60, “Podría decirse que la Directiva implica un supuesto de mutación constitucional de los Estados realizada al margen de la respectiva Constitución, en todo caso de la nuestra, por el camino indirecto –y en este caso tortuoso– del derecho derivado.”

⁵⁵⁹LAGUNA DE PAZ, J.C., “Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes”, cit., pág. 48, “la normativa nacional supedita el acceso o prestación de servicios al cumplimiento de determinados requisitos, en garantía del interés general. La necesidad de someterse a legislaciones dispares inhibe la actuación transfronteriza de las empresas. Esto implica que la Directiva *limite o condicione la autonomía estatal en relación con la introducción de exigencias para la prestación de servicios* (en cursiva en el original)”

en la que lleve a cabo la ordenación de este sector económico⁵⁶⁰. Teniendo en cuenta esta circunstancia, **me he de plantear si, al aprobar la Directiva Servicios, la Unión Europea no se ha excedido en el ejercicio de las competencias que le son propias, ya que una cosa es obligar a eliminar las barreras que impiden la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento⁵⁶¹, ordenando la simplificación de procedimientos administrativos y el uso de medios telemáticos; y otra muy diferente, impedir a los Estados miembros optar por una visión diferente de la economía de mercado.** En este sentido, debo recordar al profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER cuando hacía referencia a la “flexibilidad del texto constitucional”⁵⁶² en el que caben, según indicaba, distintas opciones económicas. Y todo ello sin mencionar la posible vulneración del principio de autonomía procedimental que los Estados miembros tienen reconocido a nivel comunitario, y que les otorga libertad para elegir los procedimientos judiciales y administrativos que consideren oportunos para la ejecución del Derecho de la Unión Europea, algo que no respeta la Directiva puesto que impide utilizar, como regla general, el procedimiento administrativo de autorización previa⁵⁶³.

⁵⁶⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Directiva de Servicios y a libertad de empresa”, cit., pág. 46. Donde indica, refiriéndose a la Directiva Servicios, que “ha desbordado el contenido típico y tradicional de estas libertades (de prestación de servicios y de establecimiento) y ha entrado en el ámbito de del desarrollo del derecho fundamental a la libertad de empresa, hasta ahora reservado a los Estados miembros [...] Esta intromisión en el ámbito de la libertad de empresa es la novedad más radical de la Directiva.”

⁵⁶¹ Imponiendo la no discriminación, la necesidad y la proporcionalidad en los instrumentos de intervención.

⁵⁶² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, Tomo I, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pág. 76. Señalaba en este trabajo, además, que “El reconocimiento del derecho a la libertad de empresa no es, pues causa obstativa a la actuación de los Poderes públicos. No cabe negar la posibilidad, ni sustentar, como con frecuencia se ha hecho, la prevalencia del artículo 38 sobre aquellos otros textos que sancionan la posibilidad de tales intervenciones. Todas ellas forman un auténtico sistema: deben considerarse y valorarse en su conjunto”

⁵⁶³ PAREJO ALFONSO, L., “El principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros”, en BENEYTO PÉREZ, J. M^a (Director), MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B., (Coordinadores), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europeas*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2011, págs. 566 y 590, recuerda que, como es pacífico en la doctrina española, “la decisión sobre los órganos competentes y el procedimiento de ejecución del Derecho de la UE corresponde exclusivamente al Derecho internode cada Estado miembro”. Este autor analiza la erosión sistemática de este principio por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha llegado a “desmentirse esencialmente en su dimensión procedimental” argumentando su tesis en “la realidad misma del Derecho comunitario derivado positivo, en el que no es en modo alguno infrecuente encontrar normas que, de un lado, predeterminan o cuando menos condicionan la organización interna de los Estados y, de otro lado, inciden en los procedimientos (administrativos y judiciales) establecidos en los Derechos nacionales; fenómeno

Siguiendo esta argumentación, y teniendo en cuenta que la ordenación de sector turístico corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas⁵⁶⁴, cabe plantearse si es acorde al actual sistema de distribución constitucional de competencias, el hecho de que se haya restringido a estas la opción de configurar un determinado sistema de ordenación económica diferente al establecido en la Directiva Servicios, manteniendo, por ejemplo, los controles previos como medio adecuado para asegurar la calidad los servicios turísticos, sin sustituirlos por los nuevos instrumentos de control posterior. Y es que, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, y respetando siempre el marco constitucional establecido, “pueden asumir opciones económicas diferentes a las del Estado”⁵⁶⁵.

Por otro lado, y para terminar este epígrafe, es necesario indicar que la libertad de empresa, como derecho fundamental (aunque no es susceptible de recurso de amparo), no es un derecho absoluto, sino que tiene ciertos límites que no pueden ser rebasados. En el ámbito de los servicios, dichos límites han sido modificados por la Directiva Servicios en favor de la propia libertad de empresa sin tener en cuenta que puede haber otros derechos dignos de protección que puedan resultar perjudicados, como los derechos de los consumidores y usuarios, el medio ambiente, los derechos de los pequeños comerciantes, el urbanismo, etcétera. En este sentido, habría que tener en cuenta lo que MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., ha denominado, con acierto en mi opinión, el “efecto ambivalente” de los derechos fundamentales⁵⁶⁶, pues reforzar un derecho en detrimento de otros tiene, sin duda, efectos de desequilibrio.

este, además, que, lejos de remitir, se presenta cada vez con más frecuencia y mayor intensidad en su incidencia sobre los ordenamientos estatales”.

⁵⁶⁴ De acuerdo con el artículo 148.1.18º de la Constitución Española y sus propios Estatutos de Autonomía.

⁵⁶⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, cit. pág. 103. “Es claro. La no coincidencia en los postulados económicos de las fuerzas políticas que puedan detentar el poder en este (el Estado) o en aquellas (las Comunidades Autónomas) explica ampliamente lo que se dice.

⁵⁶⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años, en Constitución y control de la actividad administrativa”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 168, “...los derechos fundamentales, o algunas de sus opciones, pueden ser

3.4.- La Directiva Servicios como norma centralizadora.

Esta característica ya ha sido apuntada en el epígrafe anterior. Y es que, desde el punto de vista político esta norma puede calificarse como centralizadora⁵⁶⁷. Pero esta centralización, en nuestro país, se produce en una doble dirección: En primer lugar, desde el Estado hacia la Unión Europea, ya que aquel pierde capacidad de decisión sobre la ordenación económica nacional a favor de esta; y, por otro lado, desde las Comunidades Autónomas hacia el Estado que, en el mismo sentido, y para sus competencias propias, han perdido igualmente autonomía en el ámbito económico.

Al primero de los supuestos ya me he referido más arriba. Parece claro, como ya he explicado, que se está limitando la capacidad de decisión de los Estados miembros en el ámbito económico de los servicios a favor de la Unión Europea⁵⁶⁸. Aquellos ya no pueden configurar libremente la libertad de empresa, limitándola con los instrumentos administrativos que estimen más oportunos en cada momento y circunstancia. Al contrario, dicha posibilidad ha sido restringida por la Directiva Servicios⁵⁶⁹. Se ha producido, así, una especie de europeización del sector servicios⁵⁷⁰.

de efecto ambivalente, de modo que para lo que algunos sea incremento o ampliación añadida, en cambio, restricción para otros.”

⁵⁶⁷ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: una perspectiva general”, cit. pág. 31. “La Directiva de Servicios desde un punto de vista ideológico puede calificarse de liberal, desde un punto de vista político resulta (para algunos) una norma centralizadora. Tanto el principio del país de origen como las previsiones administrativas incorporan reglas que tienden a reducir la autonomía de manera significativa a la hora de regular las actividades económicas.

⁵⁶⁹ En este sentido llama la atención, por ejemplo, que el artículo 14.5 de la Directiva prohíba establecer como requisito determinante para otorgar una autorización de apertura de establecimiento, que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado. Es sorprendente, en mi opinión, que, por un lado, la Exposición de Motivos de la Directiva justifique la aprobación de la norma en la necesidad de defender e impulsar el tejido de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y sin embargo, por otro lado, se impida a los Estados miembros utilizar instrumentos que, precisamente, tienden a proteger a dichas PYMES. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los grandes establecimientos comerciales, es decir, no se puede utilizar la denominada prueba económica para proteger al pequeño comercio (PYMES por excelencia) de los grandes establecimientos comerciales. En este aspecto, la norma comunitaria me parece que incurre en profundas contradicciones. Son numerosos los trabajos que se refieren al impacto de la Directiva Servicios en comercio. Así, sin ánimo alguno de exhaustividad, LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la directiva servicios en el urbanismo comercial (por una ordenación*

En otro sentido, la centralización se produce desde las Comunidades Autónomas hacia el Estado. Pero esta centralización no es consecuencia tanto de la aprobación de la Directiva Servicios que, en principio, adopta una visión neutral de la distribución de competencias en los Estados miembros (considerando 60, artículo 6.2 o artículo 10.4); como del método de transposición adoptado en nuestro país, al que me referiré de manera más detallada en epígrafes posteriores. Basta decir, por ahora, que la adopción de una Ley horizontal con carácter básico, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁵⁷¹ (también denominada Ley Paraguas), para la transposición de la norma comunitaria, ha tenido efectos importantes en nuestro sistema constitucional de distribución de competencias, como ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ ASENSIO⁵⁷². Y es que, su carácter básico para regular una materia tan amplia como es la de los servicios, puede entrar en colisión, como de hecho lo hace, con competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. En definitiva, la “[...] ampliación del ámbito regulatorio europeo ha sido seguida por una ampliación del ámbito de intervención del Estado, a través de una norma horizontal, produciendo como efecto una recentralización por parte del Estado de competencias descentralizadas sustentada sobre títulos horizontales”⁵⁷³.

espacial de los grandes establecimientos comerciales), Ed. Atelier, Barcelona, 2009; o, VILLAREJO GALENDE, H. (Directora), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, Granada, 2009.; o GUILLÉN CARAMÉS, J., “La directiva servicios y su incidencia en la licencia comercial”, en A. Jorge VIERA GONZÁLEZ y Joseba Aitor ECHEVARRÍA SÁENZ (Dirs.), *Distribución comercial y derecho de la competencia*, La Ley, Madrid, 2011.

⁵⁷⁰ URRUTIA LIBARONA, I., *Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios*, en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit. pág. 44, “La Directiva de Servicios ha venido a colocar a los servicios dentro del ámbito regulatorio europeo, produciendo una suerte de europeización del sector, que trasciende de la mera garantía de las libertades de prestación y de establecimiento, para adentrarse en su núcleo regulatorio básico; tendencia europeizante que cuyo horizonte no parece acabar en este sector.”

⁵⁷¹ Boletín Oficial del Estado de 24 de noviembre de 2009, núm. 283, Sec. I. Pág. 99570.

⁵⁷² JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 115, donde pone de manifiesto el autor que “no cabe duda de que la DS (Directiva Servicios), pese a las reiteradas invocaciones tanto en su exposición de motivos como en su articulado de que no afecta a la distribución de competencias en los estados miembros entre las autoridades nacionales, regionales o locales, sus efectos sobre el reparto interno de competencias son y serán intensos”

⁵⁷³ URRUTIA LIBARONA, I., *Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios*, en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit. pág. 44

No obstante, esta transposición horizontal mediante una Ley básica parece más conveniente que la propuesta del Consejo de Estado de realizarla a través de una Ley de Armonización de las previstas en el artículo 150.3 de la Constitución Española⁵⁷⁴. En realidad, lo que se pone de manifiesto es la desconfianza en que las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo una adecuada transposición del Derecho Comunitario a su ordenamiento interno, algo que, de producirse, podría ser fácilmente solventado a través de diferentes mecanismos ya previstos⁵⁷⁵ como, por ejemplo, el de la repercusión de la responsabilidad patrimonial en las Comunidades Autónomas a través del procedimiento de deducción de transferencias previsto en la Disposición Final Cuarta de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

En cualquier caso, sí es conveniente, en mi opinión, “la aprobación de una ley para la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea en la que, de modo unitario, se regulen tanto los medios de prevención y reacción frente al incumplimiento

⁵⁷⁴ Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios, en donde el supremo órgano consultivo del Gobierno manifiesta que “A juicio del Consejo de Estado, concurren en el presente caso diversas circunstancias que podrían hacer aconsejable la utilización de este instrumento normativo. En primer lugar, ha de tenerse presente que la coexistencia de potestades normativas de diverso alcance -la estatal y las autonómicas- para hacer efectiva la incorporación de la Directiva puede en sí misma provocar problemas prácticos de diversa índole, por ejemplo, en relación con la distribución de competencias o con cuestiones organizativas y de coordinación. Asimismo, debe tenerse en cuenta la propia complejidad del proceso de transposición, que exige una prolija labor de identificación, evaluación y, en su caso, modificación o derogación de todas las normas que han de adaptarse a la normativa comunitaria. Y, en fin, debe valorarse el riesgo que de todo ello deriva de que surjan en el seno de dicho proceso graves disfunciones normativas y de que la transposición no se lleve a cabo de forma adecuada y puntual. Por todo ello y a fin de evitar posibles conflictos y de garantizar la adecuada transposición de la Directiva de Servicios y, con ello, excluir la eventual responsabilidad por incumplimiento, se sugiere ponderar la conveniencia de aprobar una ley de armonización, que, en este caso, debe versar sólo sobre el procedimiento a seguir, fijando plazos estrictos y mecanismos de coordinación que permitan asegurar tanto el cumplimiento de esos plazos como la homogeneidad de los criterios que las Comunidades Autónomas utilizarán en el ejercicio de sus propias competencias.”

⁵⁷⁵ En el informe nº E 2/2009, del Consejo de Estado, aprobado por unanimidad en la Comisión de Estudios en sesión celebrada el 15 de diciembre de 2010, se realiza un interesante análisis sobre los mecanismos de repercusión del Estado frente a condenas que este pueda sufrir por incumplimientos del Derecho Comunitario imputables a las Comunidades Autónomas. Algún autor, por otra parte, va un paso más allá al concluir que el propio Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas de las Comunidades Autónomas que vayan en contra del Derecho Comunitario. Ver, en ese sentido FERNANDO PABLO, M., “Unidad de Mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. WoltersKluwer España, 2011, págs. 29-35.

del ordenamiento europeo como los mecanismos de repercusión de la responsabilidad del Estado en los entes incumplidores”⁵⁷⁶, en la que, lógicamente, puedan participar tanto las Comunidades Autónomas como las Entidades Locales. Dicha ley podría aportar importantes dosis de seguridad jurídica en este ámbito.

3.5.- La Directiva Servicios como norma dinámica. Efecto directo de la norma.

Si bien es cierto que todas las directivas comunitarias pueden ser calificadas como normas dinámicas, en el sentido de que exigen de los diferentes Estados miembros una actividad de transposición en los correspondientes ordenamientos jurídicos internos, en el caso de la Directiva Servicios dicho dinamismo es mucho más pronunciado. Y es que, ahora ya no se trata de modificar una sola norma, o conjunto determinado de normas, para adecuarlas al ordenamiento comunitario, sino que es una labor mucho más compleja que pasa por identificar, evaluar y en su caso modificar un número indeterminado de normas jurídicas, de diferente rango, y en los distintos niveles territoriales del Estado. En este sentido, la Directiva puede ser considerada como una “directiva marco con un enfoque dinámico”⁵⁷⁷

La Directiva Servicios marca un punto de inflexión en la ordenación del sector servicios en todo el territorio de la Unión Europea. Así, la Directiva configura los diferentes instrumentos administrativos a través de los cuales los Estados miembros podrán ejercer el control de acceso a las diferentes actividades de servicios y su establecimiento. Control que, como regla general, habrá de ser posterior, no previo, salvo que una razón imperiosa de interés general permita un control *ex ante* que, en cualquier caso, habrá de ser no discriminatorio y proporcional a los fines que se persiguen. Además, se indican una serie de requisitos cuya exigencia está prohibida y otros que, en cambio, habrá que evaluar porque se consideran sospechosos.

⁵⁷⁶ Informe nº E 2/2009, del Consejo de Estado, cit. pág. 323.

⁵⁷⁷ VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: una perspectiva general”, cit. págs. 40-41.

Se trata solo de un esbozo rápido del contenido de la Directiva que, más adelante, será desarrollado con más detalle. Lo que ahora me interesa señalar es que la labor de los Estados miembros respecto de la Directiva Servicios va mucho más allá que una simple transposición, se trata de un auténtico cambio cultural, al menos en la mayoría de los Estados, que tendrán que llevar a cabo una modificación de una parte muy importante de su Derecho interno⁵⁷⁸. Estamos, por tanto, ante una norma dinámica porque exige un esfuerzo muy importante por parte de los Estados para su adaptación. Esfuerzo que, probablemente, se extenderá en el tiempo.

Refiriéndome ya en concreto a España, se ha de tener en cuenta que ese cambio cultural que exige la Directiva Servicios se ha de producir en todos los niveles territoriales del Estado, es decir, también en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales. La Directiva alcanza a todos los ámbitos donde exista un mecanismo de intervención administrativa sobre la actividad de un particular que sea considerada prestación de un servicio (o establecimiento, y siempre que no sea de los que están expresamente excluidos), independientemente de quien ostente la competencia material para la ordenación de dicha actividad. Por ello, aquellas, también deberán realizar un esfuerzo adecuado en la transposición de la Directiva. Este fenómeno ha sido designado por algún autor como fases de la transposición⁵⁷⁹, o eslabones del proceso de transposición de una cadena más amplia⁵⁸⁰. Incluso, han llegado a referirse a la Directiva Servicios como una “normativa madre”⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, en la obra colectiva *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág. 86. Señala el autor que “La norma europea representa numerosos desafíos y obliga a todo un cambio cultural, que nos agota en la tópica sustitución de controles preventivos (autorizaciones previas por inspecciones ulteriores) sino que incluye una verdadera puesta de la Administración Pública al servicio de la iniciativa empresarial y la generación de riqueza [...] En aquellos países que han desarrollado modelos burocráticos de tipo continental (Alemania, España, Francia) en los que la autorización administrativa sigue teniendo una presencia considerable, desmontar toda una estructura de intervención basada en estos controles previos, siquiera modificando las normas, para poner el énfasis en el control posterior, obliga a cambios de actitudes y cultura de largo recorrido que no serán sencillos.”

⁵⁷⁹ LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, cit., págs. 58 y 59.

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, cit. pág. 474. Asimismo, se refiere al proceso de transposición de la

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario poner de manifiesto que la transposición de la Directiva no va a poder llevarse a cabo con un “simple chasquido de dedos”, sino que implica una “formidable transformación de estructuras, prácticas y formas de acción administrativas seculares”⁵⁸². Y es que, “No basta con cambiar las normas en los Boletines Oficiales; hace falta cambiar la Administración”⁵⁸³. En este sentido, hay algunas voces muy críticas con el proceso de transposición que se está llevando a cabo en nuestro país, calificándolo como “precipitado, o cuando menos irreflexivo”⁵⁸⁴, o incluso, de auténtico fracaso, si se tiene en cuenta que no ha habido, apenas, cooperación institucional y que el Estado no ha ejercido el liderazgo institucional que a estos efectos de correspondía⁵⁸⁵.

Al margen de la transposición de la Directiva Servicios, y para aquellos supuestos en que esta no se haya llevado a cabo, o se haya hecho de forma incorrecta, hay que tener en cuenta que este tipo de normas comunitarias tiene reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el denominado efecto directo siempre que se

Directiva Servicios como una cadena con diferentes eslabones MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva Servicios en la regulación autonómica”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., págs. 273-274.

⁵⁸¹ FERNÁNDEZ DÍAZ, A., “Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 158.

⁵⁸² MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 302.

⁵⁸³ RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, cit., pág. 132.

⁵⁸⁴ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 100.

⁵⁸⁵ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 201. “Visto desde la perspectiva que da el tiempo, puede subrayarse con claridad que el proceso de adaptación del sistema normativo español a la DS (Directiva Servicios) se ha saldado, hasta ahora, con un evidente fracaso: la coordinación interinstitucional ha funcionado mal, la propia administración del Estado no ha sabido ejercer el liderazgo institucional que le correspondía, las CC.AA han llevado a cabo procesos de adaptación diversos discutibles o simplemente, lo que es aún peor, no han hecho prácticamente nada y, en fin, las Entidades Locales, han sido dejadas a su propia suerte, o lo que es lo mismo, condenadas a su inoperancia”.

cumplan ciertos requisitos⁵⁸⁶. Es decir, que puede ser invocada ante los Tribunales nacionales su directa aplicación, sin necesidad de previa transposición. En el caso de nuestro país, donde la Directiva ha tenido una magnífica acogida⁵⁸⁷, no se ha planteado, en principio, la cuestión de su efecto directo, pues la transposición ha ido, incluso, más allá de lo exigido⁵⁸⁸. Sin embargo, en otros Estados miembros más reacios a su aplicación y transposición, los denominados “insumisos”, el efecto directo de la Directiva Servicios puede tener importantes consecuencias⁵⁸⁹. Algún autor, incluso, ha reconocido un efecto directo inmediato en la Directiva, sin que sea necesario esperar a su transposición⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Para un análisis más detallado del efecto directo de la Directiva, véase BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La Directiva Comunitaria*, Ed. Dickinson, Madrid, 2003, pág. 195 y ss., y BELLIDO BARRIONUEVO M., *El Derecho derivado de la Unión Europea: evolución desde los años cincuenta hasta nuestros días*, en la obra colectiva, BENEYTO PÉREZ, J. M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, cit., págs. 213 a 262

⁵⁸⁷ El dictamen 779/2009, del Consejo de Estado, sobre Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio., habla de un “enfoque ambicioso” en la transposición que está llevando nuestro país. Así “la norma proyectada trata también de extender los principios de buena regulación propuestos por la Directiva a otras actividades no incluidas en su ámbito de aplicación, a fin de mejorar la competitividad y dinamizar en mayor medida la actividad económica.

⁵⁸⁸ En este sentido puede resultar interesante analizar el “efecto directo por exclusión” de las directivas, que es “aquel supuesto en el que las directivas comunitarias se invocan por los particulares para argumentar que los Estados, en la transposición o en la aplicación, han rebasado el margen de apreciación que aquellas les dejaban y pretender la inaplicación de la normativa o de la medida interna resultante, que sería así *ultra vires*”, MARTINEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión”, en Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario en *Perspectivas desde la Asociación de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, (Coordrs. ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J.M., GONZÁLEZ ALONSO, L.N., HERRANZ BALLESTER, M., Y PASTOR PALOMA, A., FORNER, J.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 675.

⁵⁸⁹ Sobre las consecuencias de esta “Non-Transposition-Strategy” se puede consultar a VAN DEN GRONDEN, J. y DE WAELE, H., “All’s Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive”, *European Constitutional Law Review*, núm.6, 2010, págs.397 a 429. En el mismo sentido, DE WAELE, H., “The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A challenge for the European and de National Legal Orders”, cit. pág. 527.

⁵⁹⁰ RIVERO YSERN, E., “La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en la obra colectiva RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit. pág. 152, “La Directiva de Servicios, en su ánimo de poner en marcha cuando antes el complejo proceso para conseguir sus objetivos, sostiene algo que no es muy acorde con lo que es una directiva: el efecto inmediato de las normas que contiene, sin que sea necesario esperar a sus transposición por los Estados miembros”

En mi opinión, pese a que estimo que la transposición de la Directiva Servicios se ha realizado en nuestro país, quizás, con demasiado entusiasmo, yendo más allá de lo exigido por el contenido de la norma, estimo que, no obstante, es una opción más adecuada que la denominada “estrategia de no transposición” seguida por algunos Estados miembros. La Directiva es una norma polémica, que supone un cambio importante en los ordenamientos administrativos de la mayoría de los Estados miembros para el que, muchos, no se encuentran todavía preparados. Pero, igualmente, es una norma jurídica de Derecho comunitario, aprobada por los procedimientos establecidos y, por consiguiente, jurídicamente vinculante para los Estados. Se podrá estar más o menos de acuerdo con la misma, pero de lo que no cabe duda es de su obligatoriedad. Con todas las cautelas, por tanto, ponderando adecuadamente los intereses en juego, pero cumpliendo el Derecho de la Unión Europea y en los plazos establecidos. Esta es, en mi opinión, la opción acertada.

CAPÍTULO CUARTO.

INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA SERVICIOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1.- Introducción

Como ya he puesto de manifiesto más arriba, la doctrina española se encuentra dividida en relación al impacto que la Directiva Servicios ha ocasionado en nuestro Ordenamiento jurídico (*ut supra*, epígrafe III.1). Mientras que algunos autores hablan de “un auténtico cataclismo en el núcleo central del Derecho administrativo”⁵⁹¹, otros, por el contrario, se muestran más escépticos respecto a los efectos de la norma comunitaria ya que no hace más que “ahondar en los principios y exigencias que se desprenden de la propia Constitución Española [...] Desde esta perspectiva, sorprende que la DS haya provocado unos entusiasmos y unas desconfianzas que parecen injustificados”⁵⁹².

En cualquier caso, el alcance definitivo de la Directiva Servicios no se puede determinar, todavía, en su justa medida. En efecto, estoy de acuerdo con aquellos autores que estiman que su incidencia será muy importante, transformando la concepción de la intervención administrativa en la actividad de los particulares. Pero no se debe olvidar que esta norma es de amplio alcance, es decir, sus consecuencias no empezarán a manifestarse sino a medio-largo plazo, por lo que cualquier manifestación al respecto que se pueda realizar en estos momentos será, más bien, un pronóstico.

⁵⁹¹ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 226.

⁵⁹² LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, cit., págs. 35-45

De momento, se puede observar, como dato empírico, que el Estado (en su concepción amplia, es decir, incluyendo Comunidades Autónoma y Entes Locales) ha llevado a cabo, y todavía sigue realizando, un importante esfuerzo para incorporar esa norma en nuestro Derecho interno. Como posteriormente analizaré, las circunstancias pueden no ser las más adecuadas, ni el método de transposición el más acertado, pero al menos hay una intención clara de no soslayar la norma, sino más bien todo lo contrario, desarrollarla en nuestro ordenamiento de forma plena. Más allá incluso de lo que la propia norma exige.

1.1- Impacto social.

A diferencia de lo que ha ocurrido en otros países europeos, la repercusión social que ha tenido la aprobación de la Directiva Servicios en nuestro país ha sido escasa.

Llama la atención, por contraste, lo ocurrido en Francia u Holanda⁵⁹³, donde la aprobación del primer borrador de la Directiva supuso el “no” en el referéndum que se realizó sobre la ratificación de la *non nata* Constitución Europea⁵⁹⁴, o en Bélgica y Alemania⁵⁹⁵, en los que hubo movilizaciones de los principales sindicatos del país, con la atonía española respecto a la norma.

⁵⁹³ RODRIGUES, S., “Commentaire sur les deux premières communications”, *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, Juin 2007, pág. 13.

⁵⁹⁴ En este sentido, puede consultarse, BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La complejidad y originalidad del sistema de fuentes del Derecho Comunitario: El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ¿Una simplificación fallida?”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 33, 2005, págs. 17 a 51.

⁵⁹⁵ PINGEL, I., “Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur”, cit., pág. 7, “Ce sont les syndicalistes belges, semble-t-il (plus particulièrement la Fédération générales du travail de Belgique-FGTB, de tendance socialiste), qui ont attiré l’attention sur le projet de directive relative aux services. Ils organisent, dès le 5 juin 2004, avec le mouvement mondialiste, une manifestation qui rassemble 5000 personnes à Bruxelles. La mobilisation ne cesse plus. C’est ainsi par exemple que plus de millions de personnes défilent contre le texte à Berlin et à Strasbourg, le 11 février 2006.”

En España, en general, los medios de comunicación, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones de empresarios o profesionales, asociaciones de consumidores y usuarios, es decir, todo el tejido social, ha hecho, salvo alguna excepción⁵⁹⁶, caso omiso a una norma comunitaria que puede acarrear, tal y como se ha visto, importantes consecuencias. Ha sido después, transcurridos varios años desde su aprobación en 2006, cuando se ha mostrado mayor inquietud por la norma.

Asimismo, es llamativo que la doctrina que se ha dedicado al estudio de la Directiva Servicios y su transposición en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco haya llamado la atención sobre dicha apatía de la sociedad española. Parece que ha de ser normal que lo que viene de Europa lo asumamos sin más, sin hacer ninguna reflexión.

Todo lo contrario ha ocurrido con la doctrina científica, especialmente los autores dedicados al Derecho público en general, y al Derecho administrativo en particular. Así, si bien es cierto que con retraso, han sido numerosos los artículos, monografías y trabajos aprobados por relevantes investigadores en nuestro país⁵⁹⁷.

1.2.- Impacto económico.

⁵⁹⁶ Diario *El País* de 15 de febrero de 2006 “Cientos de Delegados sindicales salen a la calle contra la directiva Bolkestein”; Diario *El Mundo* de 15 de diciembre de 2006 “ La Eurocámara aprueba definitivamente la polémica directiva de servicios”

⁵⁹⁷ Sin ánimo de ser exhaustivo, cabe citar a DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, cit.; LAGUNA DE PAZ, J.C., “Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes”, cit.; LINDE PAINIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, cit.; MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, cit.; RIVERO ORTEGA, R., *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit.; NOGUEIRA LÓPEZ, A., *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit.; VILLAREJO GALENDE, H., *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, Granada, 2009.

Desde el punto de vista económico, la Directiva Servicios supondría importantes beneficios en el ámbito de la Unión Europea y, por tanto, en nuestro país⁵⁹⁸. Así, según estimaciones llevadas a cabo por diferentes instituciones, las medidas recogidas en la norma comunitaria se traducirían en, al menos, “un incremento de un 0,8 por 100 del PIB de la Unión, con un aumento del empleo de alrededor de 600.000 nuevos trabajos (0,3 por cien del total) y un incremento esperado en los salarios del 0,4 por 100. Los niveles de precios elevados artificialmente se verían reducidos hasta en 7,2 por cien, mejorándose así el consumo de servicios”⁵⁹⁹. Las empresas más beneficiadas serían las pequeñas y medianas, que sufren más dificultades a la hora de establecerse o prestar servicios en otros países de la Unión Europea.

No cabe ninguna duda de que dichas previsiones fueron realizadas en un momento anterior al inicio de la crisis económica, y que deberían revisarse a la vista de los actuales indicadores macroeconómicos⁶⁰⁰. Y es que, en efecto, estimo que la

⁵⁹⁸ GRADOLPH CADIerno, J.E., “El impacto de la Directiva Servicios en la economía española”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 208, señala, refiriéndose a la Directiva Servicios que “Aumenta la competencia y, como resultado, la actividad económica, el empleo, la inversión, la productividad, y, en definitiva, el bienestar”

⁵⁹⁹ RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, cit. págs. 368-369. Cita el autor un informe de impacto elaborado por *The Copenhagen Economics* en 2005. Otros informes elaborados por distintos organismos establecen previsiones similares como el llevado a cabo por el CPB *Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis* que distinguía, además, el supuesto de que la directiva se aprobará sin la inclusión del principio de país de origen o con el mismo (incremento del PIB europeo entre un 0,5 y un 0,7 por cien, incremento del consumo europeo del 0,5 al 1,2 por cien); también se cita el estudio del *Europa institut*, de 2005, donde se preveía un aumento del PIB en 0,69 por cien, y, aproximadamente, 612.000 nuevos puestos de trabajo, así como incrementos en la productividad de las empresas.

⁶⁰⁰ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 38. “No obstante, todas las reflexiones hay que enmarcarlas en un contexto económico como es el de 2002, fecha de redacción del informe, en que la liberalización era la doctrina económica dominante, pero habría que matizarlas en el contexto de 2010, sobre todo tras los pesados efectos de la crisis económico financiera de los años 2008-2009...”. En el mismo sentido cabe citar a NOGUEIRA LOPEZ, A., *¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis*, cit., pág. 193, “Llama la atención, por eso, que desde la literatura económica se presenten con mucha cautela los análisis de impacto económico de estas medidas que además fueron realizados en época de crecimiento para una norma implantada en plena crisis. Si las cifras de crecimiento en términos de empleo y PIB que apuntaban eran modestas y además tenemos en cuenta que se afirma también que los mercados de servicios van a seguir siendo fundamentalmente nacionales, parece que no debemos buscar la justificación de estas medidas solamente en su aspecto económico. De hecho los datos del INE de diciembre de 2010 indican que la tasa de la media de las ventas del sector minorista se sitúa en el -1,4% en los 11 primeros meses del año respecto al mismo período de 2009 y la ocupación en el sector minorista desciende un 0,7% respecto a noviembre de 2009. Tan sólo las grandes cadenas comerciales incrementan sus ventas en noviembre respecto al mismo mes del año anterior. Si hiciéramos un ejercicio de valoración simplista relacionando estos datos con los cambios normativos, de

Directiva Servicios, sin duda, puede acarrear importantes beneficios económicos en nuestra economía, puesto que la reducción de costes de establecimiento y prestación de servicios debería, en principio, fomentar el crecimiento de las empresas españolas a nivel europeo, aumentando la competitividad internacional de las mismas y el empleo (sobre todos de las pequeñas y medianas). Pero deberían fijarse objetivos más realistas y acordes con la situación económica actual pues, de otra forma, el desfase entre lo que se perseguía la Directiva en sus orígenes, y lo realmente alcanzado en el proceso final a la vista de la situación económica real, impedirá realizar un diagnóstico adecuado del mercado interior de servicios⁶⁰¹.

En otro sentido, hay que tener en cuenta que las evaluaciones económicas que miden el impacto de la Directiva, hacen referencia exclusivamente a los beneficios económicos, sin tener en cuenta los costes que el desarrollo de la norma va a acarrear⁶⁰². Costes no solo para las administraciones de los Estados miembros, que tendrán que desarrollar una adecuada Administración Electrónica, establecer Ventanillas Únicas, formar a empleados públicos para reforzar los controles posteriores, realizar evaluaciones normativas y rediseños procedimentales, etcétera⁶⁰³ (sin mencionar la pérdida de ingresos por dejar de cobrar las correspondientes tasas); sino también para las empresas, que tienen que asumir nuevos costes derivados de la ausencia de controles

forma similar a las parcas proyecciones de las memorias de impacto normativo de las leyes de transposición, parecería en todo caso confirmarse las apreciaciones realizadas anteriormente sobre la necesidad de valorar si el modelo social y de ordenación territorial que revelan es positivo, además de poner entre paréntesis los beneficios apuntados”

⁶⁰¹ CANALS AMETLLER, D., 2Simplificación administrativa y Directiva Servicios: objetivos medios e incidencias”, cit., pág. 300, “Con todo, lo más seguro es que el desenlace de este episodio determinante de la construcción del mercado único europeo sea inesperado. Y ello porque la coyuntura económica en la que nos encontramos, está muy alejada de aquella que propició la elaboración y aprobación de la Directiva...”

⁶⁰² NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, cit., pág. 141, “[...] lo cierto es que en las evaluaciones económicas existen ciertos costes que no son evaluados a fin de realizar una estimación más ponderada de los efectos finales de esta normativa. Son fundamentalmente ingresos públicos y costes para la Administración del proceso, lo cual resulta especialmente sorprendente tratándose de un proceso que obedece a una iniciativa de los gobiernos...”

⁶⁰³ En este sentido, RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, cit. pág. 365, señala que “Una simplificación administrativa que se dirija hacia una mayor transparencia y procedimientos estándar entre países resultará inicialmente más costosa...”.

administrativos previos, acudiendo a certificadores o controladores privados, así como a empresas de seguros, sin tener en cuenta el posible aumento de la inseguridad jurídica⁶⁰⁴ que puede suponer la eliminación de las autorizaciones previas.

En definitiva, para valorar el impacto económico de la Directiva Servicios se han de ponderar adecuadamente todos los beneficios y los costes. Parece claro que a medio-largo plazo los beneficios económicos van a ser importantes para la economía domestica, pero no se pueden desdeñar los costes iniciales que supone poner en marcha todo el proceso de liberalización del mercado interior de servicios, sobre todo en momentos tan delicados como el actual, en el que se impone una rígida austeridad presupuestaria, precisamente desde la Unión Europea. Por ello, es necesario preguntarse si este es el mejor momento desde el punto de vista económico, para proceder a implementar la Directiva Servicios, o sería más adecuado establecer plazos de transposición más amplios⁶⁰⁵

1.3.- Impacto normativo

Ya he mencionado en otro lugar la incidencia que la Directiva Servicios supone para la normativa en todos los niveles territoriales (Ver epígrafe IV.3.2). Así, a nivel estatal se han visto afectadas 50 leyes y 118 reales decretos, mientras que en al ámbito autonómico, se puede hablar de 199 leyes, 546 decreto, 174 órdenes y 6 resoluciones. Desde el punto de vista local, el impacto de la norma comunitaria ha sido, igualmente,

⁶⁰⁴ Sobre la falta de seguridad jurídica que pueden conllevar los nuevos controles *ex post* de actividades, se ha manifestado, entre otros, ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 39, “el gran problema que la comunicación suscita al comunicante es la falta de certezas a las que atenerse, la falta de seguridad jurídica en definitiva. No tiene certeza de que la actividad que se propone realizar se ajusta a la legalidad en los términos en los que se plantea o proyecta”.

⁶⁰⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, cit., págs. 163-164. “Parece que el texto no se aprueba en el mejor momento económico. La implementación de un mercado libre en servicios en el ámbito de la UE requiere de un esfuerzo legislativo en países como Francia, Alemania, España o Italia. Pero esas reformas también suponen un sacrificio económico importante, en especial por las implicaciones que tiene la exigencia de tramitación *on line* y ventanilla única para los procedimientos que sean necesarios abrir por parte de los prestadores de servicios”

muy importante, teniendo en cuenta que los más de ocho mil municipios existentes en todo el territorio nacional tendrán que haber modificado las correspondientes ordenanzas sobre intervención administrativa en las actividades de los particulares, adaptándose a las previsiones de la Directiva.

Respecto al método de transposición elegido por el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas me referiré más adelante. No obstante, cabe indicar ahora que la celeridad con la que se han llevado a cabo las reformas normativas no parece el método de transposición más adecuado, teniendo en cuenta que hubiera sido necesario, primero, realizar una reflexión individualizada del impacto en cada uno de los sectores de servicios afectados. E, incluso, yendo más allá, de cada uno de los diferentes subsectores. Porque no es lo mismo, por ejemplo, y refiriéndome en concreto al ámbito turístico, la prestación de un servicio de alojamiento en un hotel de nueva planta, que el cambio de actividad de un restaurante que se convierte en bar. En el primer supuesto, la eliminación de controles previos, de autorizaciones, implica riesgos muchos mayores que en el segundo. Y sin embargo, muchas comunidades autónomas, con excepciones⁶⁰⁶, han dado una respuesta normativa similar a ambos supuestos, sin tener en cuenta su diferente naturaleza como, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo, Galicia⁶⁰⁷, Castilla- La Mancha⁶⁰⁸ o Extremadura⁶⁰⁹.

Se puede criticar, por tanto, la reforma normativa que se ha llevado a cabo con motivo de la transposición de la Directiva Servicios. Una reforma que se ha realizado,

⁶⁰⁶ Las excepciones más significativas se pueden encontrar en la Ley 13/2011 de Turismo de Andalucía, artículo 34, que establece un régimen de control previo para la apertura de establecimientos de alojamiento; o la Ley 6/2003, de 27 de febrero, de Turismo de Aragón (modificada, para adaptarla a las exigencias de la Directiva Servicios, por la Ley 3/2010, de 7 de junio), artículo 26, que mantiene el régimen de autorización previa para el acceso a determinadas actividades turísticas.

⁶⁰⁷ La Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia establece, en su artículo 41, como régimen general de acceso a la prestación de servicios turísticos, cualquiera que sea su naturaleza, la presentación de una declaración responsable.

⁶⁰⁸ Artículo 9 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo en Castilla- La Mancha, modificada para la transposición de la Directiva Servicios por Ley 7/2009, de 17 de diciembre.

⁶⁰⁹ Artículo 48 de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del Turismo en Extremadura.

en mi opinión, sin la debida y adecuada reflexión⁶¹⁰ que exige una modificación de tal calado. **Una revisión normativa “por aluvión”, es decir, sin sopesar adecuadamente las consecuencias de la misma.** Un ejemplo claro de esta actividad normativa frenética e irreflexiva⁶¹¹ es la aprobación del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, que ha supuesto la derogación de varias normas turísticas del Estado que servían como Derecho supletorio al de las Comunidades Autónomas. alguna de estas, pese a tener competencias exclusivas en la materia, no habían procedido a regular determinados subsectores turísticos⁶¹² a los que se aplicaba, de forma supletoria, el Derecho estatal. Ahora, sin ese Derecho supletorio, dichos ámbitos han quedado desregulados, sin normativa de referencia a la que acogerse.

En este sentido hubiera sido más adecuado, en mi opinión, empezar antes el proceso de transposición, ante la ingente cantidad de normas que debían revisarse, y proceder a su reforma de manera más pausada y meditada⁶¹³.

Por otro lado, no deja de ser una paradoja el hecho de que la propia norma que pretende simplificar y reformar el marco regulatorio de las actividades de servicios y su establecimiento en los Estados miembros, haya generado una cantidad ingente de normas jurídicas cuya conocimiento se convierte en una ardua labor para los juristas. Según entiendo, **hubiera sido más adecuado realizar primero un análisis de los diferentes sectores de servicios afectados para, posteriormente, identificar las**

⁶¹⁰ Como consecuencia, sin duda, de la necesidad de cumplir los plazos que se exigían en la propia norma, que establecía como plazo máximo de transposición, el 28 de diciembre de 2009 (artículo 44.1).

⁶¹¹ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 100.

⁶¹² Así, sin ánimo de exhaustividad, la actividad de alojamiento mediante apartamentos turísticos en la Comunidad de Madrid o los establecimientos de hostelería en Cataluña.

⁶¹³ Algún autor llega a plantear que si se hubiera llevado a cabo una transposición más temprana de la Directiva Servicios en nuestro país, como ha ocurrido en Francia y Alemania, nuestra situación económica sería ahora mejor y, por tanto podríamos salir antes de la crisis en la que nos encontramos inmersos, RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit., pág. 7.

normas jurídicas que regulan la materia y evaluar si cumplen los requisitos fijados en la Directiva. En caso de no cumplirse estos requisitos, entonces sí, modificar la normativa en el sentido adecuado.

Lo que ha ocurrido, sin embargo, ha sido muy diferente. Tanto el Estado, pero fundamentalmente las Comunidades Autónomas, han procedido a dictar leyes y reglamentos de transposición que modifican, a su vez, otras leyes y otros reglamentos, para, poco tiempo después, volver a modificarlas. Todo ello sin la debida reflexión previa. Así, por ejemplo, cabe mencionar el caso de Andalucía en el sector turístico, extrapolable a otras Comunidades Autónomas⁶¹⁴, en la que primero se dicta una Ley de modificación de la Ley de Turismo para, unos meses después, aprobar una nueva Ley. Ante casos así cabe preguntarse si no hubiera sido mejor esperar unos meses, analizar adecuadamente el impacto de la Directiva en el sector y, una vez extraídas las conclusiones correspondientes, actuar conforme a las mismas. La principal víctima de esa manera de transponer la norma comunitaria, legislando a borbotones, ha sido la seguridad jurídica (artículo 9.3 de nuestra Constitución).

Todo lo anterior resulta todavía más llamativo si se tiene en cuenta que, en paralelo a la liberalización de servicios impuesta por la Directiva Servicios, se asiste, en el ámbito europeo, a un movimiento que defiende la mejora de la calidad de las normas y del entorno regulatorio⁶¹⁵, lo que ha dado lugar en nuestro país a la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo que, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo último: “garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y

⁶¹⁴ Como por ejemplo Galicia o Extremadura.

⁶¹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*.

económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias”. Bien es cierto que este Real Decreto se aplica sólo al Estado, pero, a la vista de lo que está ocurriendo con la transposición de la Directiva, debería extenderse también a las Comunidades Autónomas⁶¹⁶

1.4.- Impacto sobre la distribución de competencias en el Derecho interno.

Ya se ha hecho referencia más arriba al impacto que sobre la distribución de competencias internas ha tenido la Directiva Servicios en nuestro país. Así lo han manifestado, como ya he indicado, JIMENEZ ASENSIO, R.,⁶¹⁷ y URRUTIA LIBARONA⁶¹⁸.

Ese impacto puede derivarse, sobre todo, de la aprobación por el Estado de una Ley transversal de carácter básico, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, para llevar a cabo la transposición de la Directiva en nuestro país. Y es que, parte de la doctrina duda de que los títulos

⁶¹⁶ Así, la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, incluye, dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias (artículo 64.3.c), la necesidad de elaborar un impacto normativo, aunque en el sentido concreto de evaluar “la incidencia de las medidas propuestas por la disposición reglamentaria en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas”. Sería adecuado, según entiendo, extender este informe a otras cuestiones más generales como el impacto sobre los agentes afectados por la norma, valorar otras alternativas a la aprobación de la norma, etcétera.

⁶¹⁷ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 86, “no cabe duda de que la DS (Directiva Servicios), pese a las reiteradas invocaciones tanto en su exposición de motivos como en su articulado de que no afecta a la distribución de competencias en los estados miembros entre las autoridades nacionales, regionales o locales, sus efectos sobre el reparto interno de competencias son y serán intensos”

⁶¹⁸ URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 75, al señalar que “Esta ampliación del ámbito regulatorio europeo ha sido seguida por una ampliación del ámbito de intervención del Estado, a través de una norma horizontal, produciendo como efecto una recentralización por parte del Estado de competencias descentralizadas sustentada sobre títulos horizontales”

habilitantes⁶¹⁹ en que se basa el Estado para dictarla, sean adecuados para justificar el carácter básico de todo su articulado, lo que podría suponer una injerencia en las competencias autonómicas⁶²⁰.

Por otro lado, cabe indicar que si bien es cierto que muchas de las actividades de servicios que quedan afectadas por la Directiva Servicios son materias que corresponden en exclusiva a las Comunidades Autónomas⁶²¹ y que, por tanto, se les restringe desde la Unión Europea la posibilidad de utilizar mecanismos de control previo como las autorizaciones, no es menos cierto que son ellas, las regiones, las que en uso de esas competencias exclusivas, puede delimitar, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que haya de considerarse “razón imperiosa de interés general” y, por consiguiente, justificar un régimen de autorización previa en determinados casos. Y es que, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a las Comunidades Autónomas cuando aquel afecte a sus competencias, incluso cuando exista legislación básica del Estado, si esta es desplazada por la norma comunitaria, puede la Comunidad de que se trate regular dicha materia sin tener en cuenta aquella normativa básica⁶²².

⁶¹⁹ La Disposición final tercera de la Ley señala el artículo 149.1.1º, 13º y 18º de la Constitución Española, es decir, asegurar las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, respectivamente.

⁶²⁰ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 79, “Efectivamente, a pesar de sus prevenciones se puede afirmar que la DS (Directiva Servicios) sí puede suponer una erosión de las competencias autonómicas, aunque más precisamente habría que imputar ese efecto a la ley horizontal”

⁶²¹ Véase, por ejemplo, el turismo (artículo 148.1.18º)

⁶²² Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio de 2010 (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010). En la que se establece que “El art. 189.3 (se refiere al Estatuto de Autonomía de Cataluña) permite que la Generalitat dicte la normativa de desarrollo del Derecho comunitario cuando éste sustituya el espacio que, en las materias compartidas, corresponde a la legislación básica estatal. La previsión se refiere a los casos en los que, pese a que la Constitución reconoce la competencia del Estado para determinar la normativa básica, ésta ha sido establecida en el Ordenamiento comunitario, por lo que el efecto no podría ser otro que el desplazamiento de ese legislador básico por la normativa comunitaria [...] la previsión del apartado 3 del art. 189 sería coherente con el criterio de que la ejecución del Derecho comunitario no debe suponer una redistribución interna de competencias y, consiguientemente, si la normativa comunitaria puede entenderse que sustituye a la normativa básica estatal en un ámbito de competencia compartida, la emisión de esta normativa conllevaría el desplazamiento del legislador básico estatal

Es por ello que estimo que la Directiva Servicios, y su transposición al ordenamiento estatal a través de las normas que a continuación se van a estudiar, no debería suponer una afectación excesiva en la distribución interna de competencias, pues existen mecanismos que permiten a las Comunidades Autónomas mantener su ámbito de autonomía. Además, hay que tener en cuenta que el Derecho comunitario, por sí mismo, no afecta a la distribución de competencias de los Estados miembros, que tienen libertad de organización y funcionamiento interno en virtud del principio de neutralidad, principio que, no obstante, y según una parte de la doctrina, se está viendo erosionado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶²³.

1.5.- Impacto sobre la concepción del Derecho Administrativo.

En la medida en que la norma comunitaria persigue eliminar barreras y cargas administrativas, simplificar procedimientos, agilizar la relación entre las Administraciones públicas y las empresas y profesionales prestadores de servicios, etcétera, se puede indicar que impacta de lleno sobre el ordenamiento jurídico administrativo de los Estados miembros.

Ya he señalado que algún autor ha llegado a calificar a la norma como un auténtico “cataclismo en el núcleo central del Derecho administrativo”⁶²⁴. Y es que, en efecto, el cambio que se pretende es muy importante, pues, en definitiva, lo que viene a significar es un “cambio esencial del régimen de autorizaciones administrativas”⁶²⁵, es

⁶²³PAREJO ALFONSO, L., “El principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros”, cit., págs. 565 y ss. donde el autor llega a concluir que “la continuación misma –hasta sus últimas consecuencias- de los razonamientos de la jurisprudencia conduce de suyo a la negación misma del principio.

⁶²⁴ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a servicios en el mercado interior”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, cit., pág., 226.

⁶²⁵ MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 299.

decir, se pretende sustituir las autorizaciones⁶²⁶, a través de las cuales las administraciones públicas llevan a cabo controles previos de inicio de las actividades de prestación de servicios y establecimiento, por otro tipo de instrumentos administrativos de control posterior: comunicaciones previas y/o declaraciones responsables. En fin, lo que pretende la norma comunitaria es prohibir a los Estados miembros el uso de autorizaciones previas, salvo cuando estas superen con éxito el denominado “triple test” (artículo 9.1 para los establecimientos, y artículo 16.1 para la prestación de servicios), es decir, no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Como es fácilmente comprensible, en un país como el nuestro, acostumbrado a intervenir en las actividades de los particulares a través de autorizaciones, el cambio que supone la Directiva Servicios es muy importante, puesto que habrá que revisar todos los regímenes de control previo existentes en nuestro ordenamiento jurídico y, en su caso, eliminar aquellos que no se ajusten al “triple test” antes mencionado. Implica, por tanto, “una verdadera inversión de la lógica de la actual policía administrativa de las referidas actividades, que de fundamentalmente preventiva, pasa a ser esencialmente supervisora o de control *ex post*”⁶²⁷.

De esta forma, la Directiva pone en cuestión los tradicionales métodos de intervención administrativa⁶²⁸ en la actividad de los particulares, Y ya no solo desde el

⁶²⁶ Por régimen de autorización se ha de entender, de acuerdo con la Directiva (considerando 39 y artículo 4.6), cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

⁶²⁷ PAREJO ALFONSO, L., “La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legitima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo?”, cit., pág. 439. En el mismo sentido se pronuncian MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 302,

⁶²⁸ RIVERO ORTEGA, R., “Simplificación administrativa y Administración Electrónica: Objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista catalana de dret public*, núm. 42, 2011, Pág. 118, en relación al impacto de la Directiva Servicios, “una norma que puede ser interpretada como proceso de reconsideración de cada exigencia pública proyectada sobre las iniciativas empresariales. Partiendo del diagnóstico del exceso de trabas que reflejan los sucesivos informes sobre el estado del mercado interior de servicios, se propone su progresiva reducción”

punto de vista de la prestación de servicios y su establecimiento exclusivamente, sino con un enfoque expansivo, ampliándose al conjunto de las actividades económicas⁶²⁹.

Se puede concluir, por consiguiente, que la Directiva Servicios ha venido a realizar una reformulación de todo el Derecho Administrativo, fundamentalmente el económico, proscribiendo, con carácter general, determinados mecanismos de intervención administrativa tradicionalmente utilizados en nuestro ordenamiento (autorizaciones) y sustituyéndolos por otros que, si bien no son desconocidos, se han utilizado de forma sectorial (comunicaciones previas y declaraciones responsables).

1.6.- Impacto sobre la calidad de los servicios

Una de las cuestiones más relevantes que plantea la Directiva Servicios y que no ha sido analizada con la debida profundidad por parte de la doctrina⁶³⁰, es el impacto que la norma europea puede tener sobre la calidad de los servicios y, por ende, también, sobre los derechos de los consumidores y usuarios. Sin perjuicio de que en otra parte de este trabajo analice con mayor exhaustividad la incidencia de la Directiva en la calidad en el sector turístico en concreto, estimo apropiado realizar ahora un análisis más general de la cuestión.

⁶²⁹ NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, cit., pág., 127, “La amplitud de las reformas que inicia la Directiva de servicios, pero que hoy en virtud de otras iniciativas legislativas se amplía al conjunto de la actividad económica, hace preciso repensar los cimientos del Derecho Administrativo y reconstruir elementos centrales de la disciplina en relación con los ámbitos de intervención administrativa, los fines de la actividad administrativa y los límites a esta intervención. Todo ello en un marco en el que debe abordarse con nuevas fórmulas el sistema de garantías de los administrados en un contexto de relaciones sociales globalizadas donde la capacidad de alteración de los intereses generales por parte de ciertos actores económicos y sociales debe tomarse en consideración a la hora de redefinir el papel de los poderes públicos y los procedimientos de intervención.”

⁶³⁰ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “En busca de la Europa social: Reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14 - 1er semestre 2008, págs. 135-136, “A priori, su regulación debiera haber suscitado interés tanto entre la ciudadanía como en el seno de la academia. Sin embargo, su hipotética relevancia contrasta con una escasísima atención doctrinal, sobre todo en comparación con la profusión de comentarios relativos a otros aspectos de la misma Directiva tales como la libertad de establecimiento o los servicios sociales”

La regulación de la calidad de los servicios se encuentra en los artículos 22 a 26 de la norma comunitaria. Según la propia Directiva, considerando 97, “es necesario establecer en esta Directiva algunas normas sobre la alta calidad de los servicios”. Pero esto, en principio, no tiene mucho sentido ya que, la liberalización del sector servicios, el aumento de la competitividad, las mayores posibilidades de elección y precios más bajos, han de conllevar, por sí mismos, un aumento en la calidad de la oferta. O en otras palabras: “Las regulaciones que tienden a facilitar la competencia o la apertura de mercados también tienen en la calidad una de sus principales consecuencias”⁶³¹. Pero, ¿Por qué es necesario establecer normas de garantía de la alta calidad de los servicios en una norma que liberaliza el sector si, en teoría, dicha liberalización tendrá como consecuencia el aumento de la calidad de los servicios?⁶³² Pues, en mi opinión, el problema radica en la eliminación, con carácter general, de los controles previos de acceso a la prestación de estas actividades y su ejercicio, a través de los cuales las Administraciones correspondientes podían garantizar unos niveles mínimos de calidad.

Y es que, según entiendo, los controles posteriores que la Directiva ha establecido con carácter general no son suficientes para garantizar unos niveles de calidad adecuados, sobre todo en países como el nuestro, en los que todavía no se han articulado de forma adecuada los nuevos mecanismos de intervención *a posteriori*⁶³³. Una vez que los instrumentos de control posterior funcionen

⁶³¹RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 399.

⁶³² Si, a mayor abundamiento, “la acción del Estado tiene justificación solamente si el mercado no es capaz de resolver adecuadamente las diferentes situaciones”, RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 400.

⁶³³ De esta forma opinan, entre otros, RIVERO ORTEGA, R., *La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España*, cit., pág. 85; RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., págs. 348-349, MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable” en la obra colectiva *El impacto de la Directiva Bolkestein y la Reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*, *Monografías de Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011, pág. 270; NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, en *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, cit., pág. 41; DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., y MARTÍNEZ GUTIERREZ, R., “Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica”, en la obra colectiva NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., págs. 155-156.

adecuadamente, podrán ser suficientes para garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad por parte de los prestadores de servicios, pero hasta entonces, dicha calidad no estará completamente asegurada.

A continuación, procedo a analizar los diferentes mecanismos establecidos en la Directiva para garantizar las altas cotas de calidad.

En primer lugar, el artículo 22 se refiere a “la información sobre los prestadores y sus servicios”. Respecto a este precepto, cabe indicar que sus pretensiones son muy adecuadas, pues implica poner a disposición de los destinatarios de los servicios (consumidores o no), datos relevantes del prestador tales como: nombre, forma jurídica, inscripciones en registros mercantiles (en caso de ser necesarios), garantías postventa, seguros o garantías que cubran su responsabilidad, etcétera. No obstante, tal y como está redactado el artículo, es muy probable que se quede en meras pretensiones, pues lo que se exige a los Estados miembros es que “hagan todo lo necesario para que los prestadores pongan a disposición de los destinatarios” dicha información, sin que exista una obligación jurídicamente vinculante⁶³⁴.

El artículo 23, por su parte, se refiere a los “seguros y garantías de responsabilidad profesional”. Según este precepto, “los Estados miembros podrán hacer todo lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para su seguridad financiera, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado”. Según está redactado el artículo, y teniendo en cuenta que la protección de la seguridad y salud de los destinatarios de los servicios es una razón imperiosa de interés general⁶³⁵, estaría

⁶³⁴ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “En busca de la Europa social: Reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, cit., pág. 141, “Por los términos en que ha sido redactada se configura como una obligación ambigua y blanda, ya que no se prevén sanciones en caso de incumplimiento y, lo que es más criticable, está sujeta a matizaciones y excepciones constantes”

⁶³⁵ Ver a estos efectos, el considerando 40 de la Directiva, que habla la protección de los destinatarios de los servicios y de la protección de los consumidores como razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de los regímenes de autorización. En los mismos términos, el artículo 4.8 de

justificado la realización de un control previo de acceso a una actividad de servicios y su establecimiento, para comprobar si se han contratado los seguros y garantías correspondientes, siempre y cuando el servicio de que se trate presente, realmente, un riesgo directo y concreto para la salud o seguridad de los destinatarios, o su seguridad financiera⁶³⁶. No obstante lo anterior, se deja una amplia libertad a los Estados miembros para que utilicen los medios que consideren oportunos para garantizar la cobertura de esos riesgos. Un claro ejemplo de esa amplia diversidad de opciones que permite la Directiva en este sentido la encontramos en nuestro país, donde, tomando como referencia una actividad de riesgo por excelencia, el turismo activo, se puede observar que mientras algunas Comunidades Autónomas han optado por exigir controles previos para el acceso a la actividad, donde comprueban, entre otros requisitos, si se han suscrito los correspondientes seguros⁶³⁷; otras comunidades autónomas, por el contrario, han eliminado cualquier tipo de control previo y dejan en manos de los controles posteriores, aun difusos, la comprobación del cumplimiento de estos requisitos concretos⁶³⁸. No hay, por tanto, un mínimo de homogeneidad que sería deseable en estos casos para garantizar la seguridad jurídica⁶³⁹.

la Directiva considera razones imperiosas de interés general la protección de los consumidores y los destinatarios de los servicios.

⁶³⁶ En los términos en los que queda establecido en el propio artículo 23.5:

A efectos del presente artículo se entenderá por:

- «riesgo directo y concreto», un riesgo que surge directamente de la prestación del servicio;
- «salud o seguridad», en relación con un destinatario o un tercero, la prevención del fallecimiento o de lesiones personales graves;
- «seguridad financiera», en relación con un destinatario, la prevención de pérdidas importantes de dinero o de valor de sus bienes;
- «seguro de responsabilidad profesional», el seguro contratado por un prestador en relación con las responsabilidades potenciales hacia los destinatarios y, en su caso, hacia terceros, derivados de la prestación del servicio.

⁶³⁷ En este sentido, Aragón exige una autorización turística previa para comprobar, entre otras circunstancias, si se ha suscrito los correspondientes seguros. Así viene recogido en el artículo 26.1.b) de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, de Turismo de Aragón, y el Decreto 55/2008, de 1 de abril por el que se aprueba el Reglamento de Turismo Activo

⁶³⁸ Por ejemplo, en el Principado de Asturias, la Ley 10/2010, de 17 de diciembre, ha modificado el artículo 53 de la Ley 7/2001 de la Ley de Turismo en el sentido de eliminar la autorización como control previo de acceso sustituyéndolo por controles posteriores, modificando, igualmente, el Decreto 92/2002, de 11 de julio, que regula dicha actividad. Más graves, en mi opinión, son los supuestos de aquellas Comunidades Autónomas que habiendo eliminado con carácter general los controles previos, ni siquiera disponen de una regulación específica para esta actividad, como es el caso de Cantabria o Madrid.

Por último, procedo a analizar brevemente los artículos 24, 25 y 26. El primero impide a los Estados miembros restringir la comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, aunque se admiten ciertas limitaciones para garantizar el respeto a la independencia, dignidad, integridad o el secreto profesional. El segundo de los artículos señalados se refiere, por su parte, al compromiso que asumen los Estados miembros de eliminar los requisitos que obliguen a los prestadores a realizar una sola actividad, aunque también con ciertos límites. En este sentido es paradigmática la eliminación, en toda la legislación turística española, de la prohibición que recaía en las agencias de viajes, de realizar cualquier otra actividad diferente. Por último, el artículo 26 se refiere a la política de calidad de los servicios a través de la cual los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, podrán tomar las medidas oportunas para fomentar, en los prestadores de servicios, la adopción voluntaria de métodos e instrumentos que garanticen la calidad de los servicios, en particular a través de certificaciones privadas de entes independientes o elaboración de cartas propias de calidad, es decir, autorregulación. Estamos, en definitiva, ante el fomento de la adopción de instrumentos privados para garantizar la calidad de los servicios⁶⁴⁰.

A modo de conclusión, cabe indicarse que estamos ante una regulación de la calidad de los servicios que es manifiestamente mejorable, sobre todo en lo que se refiere la homogeneización del sistema, indicando, por ejemplo, qué servicios han de considerarse de riesgo para todos los Estados miembros; o, por otro lado, convirtiendo en auténticas obligaciones para los Estados, lo que ahora son, en virtud de una redacción

⁶³⁹ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M, “En busca de la Europa social: Reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, cit., pág. 144, “En nuestra opinión en este concreto aspecto se incurre en una dejación peligrosa y criticable, ya que si aunque nada impide que los EM (Estados Miembros) gocen de un amplio margen de actuación, previamente debería haberse fijado un mínimo común denominador consistente en la enumeración de las profesiones o servicios de riesgo en los que los seguros son necesarios, y por tanto obligatorios”.

⁶⁴⁰ Sobre este particular, resulta muy interesante el trabajo de ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, en la obra colectiva NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 40, donde indica que vamos hacia un modelo similar al estadounidense en el que “se utilizan fórmulas de certificación privada como alternativa a la ausencia de una declaración y cobertura administrativa”.

blanda, meras propuestas de actuación. Y es que, este aspecto es muy importante ya que, si merma la calidad de los servicios, si los destinatarios perciben que no tienen instrumentos para hacer valer sus derechos respecto a los prestadores, no se estará generando la confianza necesaria para poder hablar de un auténtico mercado interior de servicios. La Directiva, entonces, habrá fracasado. No obstante lo anterior, la regulación sobre la calidad tiene aspectos muy positivos, pues fija los cimientos de lo que puede ser una auténtica política de calidad de los servicios, con medidas más efectivas.

2.- La Transposición de la Directiva Servicios en nuestro país.

2.1.- El proceso de transposición en general

El proceso de transposición de la Directiva Servicios en nuestro ordenamiento jurídico ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina. Esas críticas tienen que ver, en primer término, con el agotamiento de los plazos previstos en la propia norma sin que se hubiera llevado a cabo la correspondiente incorporación. Y es que, como ya se ha indicado, el plazo de transposición terminaba el 28 de diciembre de 2009, y la aprobación de las leyes (me refiero, fundamentalmente a las del Estado) se llevó a cabo poco antes⁶⁴¹.

Si la transposición hubiera comenzado con anterioridad, como ocurrió en otros Estados miembros como Francia o Alemania, el proceso de incorporación podría haber sido más racional, reflexivo y meditado⁶⁴², y por tanto más eficiente y

⁶⁴¹ España no ha sido el único Estado miembro en realizar la transposición con retraso. Así, cabe señalar que en Italia, la incorporación se llevó a cabo unos meses después del cumplimiento del plazo establecido en la Directiva, aunque para ser justos, habría que indicar que este país ya llevaba trabajo adelantado, pues en su Ley de Procedimiento administrativo de 1990, ya preveía un régimen similar a las comunicaciones previas, las denominadas denuncias previas o DIA. Ver TUBERTINI, C., “Competencias para la regulación de los servicios en un Estado plurinivel: El caso de Italia”, en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., págs. 369 a 371.

⁶⁴² NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, en *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 100.

adecuado. Y es que no basta con cambiar las normas en los boletines oficiales, y menos en la transposición de una norma como la referida, sino que “hace falta cambiar la Administración”⁶⁴³, y eso solo se puede conseguir a través de un esfuerzo real y prolongado en el tiempo.

A parte del retraso, la doctrina se muestra disconforme, igualmente, con el carácter expansivo que se ha dado a la transposición. Si la Directiva se refería a la eliminación de cargas administrativas excesivas para el acceso a las actividades de servicios y su establecimiento, en nuestro país se ha interpretado de forma extensiva y se ha aprovechado la circunstancia para realizar reformas en sectores que, en principio, nada tienen que ver con los servicios⁶⁴⁴. Y es que no se critica tanto la revisión llevada a cabo, sino la forma de realizarla. Porque es necesario modernizar y simplificar los procedimientos administrativos, aplicar la proporcionalidad en muchos ámbitos de intervención administrativa y, sobre todo, según mi opinión, racionalizar cargas y trámites exigidos a los particulares, pero todo ello dentro de un proceso, como ya se ha indicado, más meditado, reflexivo y pausado, y con un esfuerzo mantenido en el tiempo⁶⁴⁵. Aprovechar las reformas operadas en el sector servicios con motivo de la transposición de la Directiva y extenderlas, sin más, a otros ámbitos sectoriales diferentes, puede ocasionar cierta confusión a la hora de aplicar las normas.

⁶⁴³ RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, cit. pág. 132.

⁶⁴⁴ Como, por ejemplo, la reforma operada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, o en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que tal como señala NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011, pág. 107, “cuyo alcance es más amplio que lo que concierne estrictamente a las actividades de servicios y su ejercicio”.

⁶⁴⁵ RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, *Noticias de la Unión Europea*, cit., págs. 132-133, “El Gobierno de España ha optado por lo que define como un enfoque ambicioso, en el afán de aprovechar la incorporación de la norma europea a nuestro Ordenamiento para estimular también con otras medidas el crecimiento del sector servicios. Pero al entremezclar la asunción de los requerimientos de la Directivas con las políticas no exigidas por la misma se presentan como inevitables cambios normativos que quizás merecieran un debate más pausado, pues requieren un plus de legitimidad que en el caso de las reformas exigidas por la Directiva viene dado por los cerca de tres años de discusiones sobre su ámbito de aplicación en las instituciones europeas”

Esto es lo que ha ocurrido, en mi opinión, con la modificación realizada en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Y es que, según entiendo, la exigencia impuesta desde la Unión Europea de garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en nada debe afectar al régimen de títulos habilitantes para el uso del dominio público hidráulico, y sin embargo, aprovechando la circunstancia, el legislador español ha procedido a la modificación del régimen de uso común especial, sustituyendo la autorización previa por un régimen de declaración responsable en un ámbito donde existe una clara razón imperiosa de interés general: la protección del medio ambiente (garantía de la calidad de las aguas y asegurar el abastecimiento de poblaciones)⁶⁴⁶.

Por otro lado, se ha de indicar que la transposición de la Directiva Servicios en nuestro país es un proceso largo que no ha concluido aún. En efecto, se han aprobado ya importantes normas por las que se incorpora la Directiva a nuestro Ordenamiento, tanto a nivel estatal como autonómico, pero queda, en mi opinión, lo más importante: asimilar la nueva concepción del Derecho Administrativo que se impone y preparar a todos los agentes implicados en el proceso (funcionarios, prestadores de servicios y operadores jurídicos)⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ El artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, modificado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, sustituye la autorización por la declaración responsable para los usos comunes especiales:

“1. El ejercicio de los siguientes usos comunes especiales requerirá previa declaración responsable:

- La navegación y flotación.
- El establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos.
- Cualquier otro uso, no incluido en el artículo anterior, que no excluya la utilización del recurso por terceros.

2. La declaración responsable, a la que se refiere el artículo 3.9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio, deberá presentarse con un periodo mínimo de antelación de quince días, para que pueda comprobarse la compatibilidad de dichos usos con los fines del dominio público hidráulico”

⁶⁴⁷ Y es que, en efecto, como ya se ha indicado en otro lugar, la transposición no se puede hacer “mediante un simple chasquido de dedos” MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 309; “no basta con cambiar las normas en los boletines oficiales, hace falta

3.-La transposición en el Estado.

A continuación, vamos a analizar las normas legales mediante las cuales se ha procedido a la transposición de la Directiva Servicios en nuestro país. Aunque no son las únicas, se pueden citar como las más importantes la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que supone la transposición horizontal o transversal de la Directiva en el Ordenamiento estatal; y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se realiza la transposición vertical o sectorial⁶⁴⁸. En definitiva, si se permite la comparación en términos matemáticos, se podría decir que la transposición de la Directiva afecta a todos los ejes del plano cartesiano jurídico, el vertical y el horizontal.

Pero como inmediatamente veremos, no son estas las dos únicas normas utilizadas para la transposición. Se dictaron algunas con anterioridad, otras posteriormente, y se seguirán dictando en el futuro, porque estamos ante “los primeros pasos de un largo proceso”⁶⁴⁹, o, utilizando otra expresión, ante el primer eslabón de una cadena⁶⁵⁰. De lo que no cabe duda es el proceso de transposición no termina con la aprobación de estas leyes, sino que se proyectará sobre un amplio espectro temporal⁶⁵¹.

cambiar las Administración”, RIVERO ORTEGA, R., *La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?*, cit., pág. 132.

⁶⁴⁸ MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 251-252.

⁶⁴⁹ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 97.

⁶⁵⁰ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva Servicios en la regulación autonómica”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 273.

⁶⁵¹ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 9. Señala el autor, acertadamente, que “que interesa destacar en estos momentos que la adaptación del Derecho interno a la DS (Directiva Servicios) es un proceso que acaba de comenzar y que, obviamente no se puede dar por finiquitado con la aprobación de las primeras normas que tanto el Estado como algunas CCAA han llevado a cabo en esta primera etapa. Queda mucho trabajo por desarrollar y en buena

3.1.- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

La primera norma por la que se lleva a cabo una transposición parcial de la Directiva Servicios en nuestro país, e incluso en la Unión Europea⁶⁵², es la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante, LAECSP). Pero, como ya se ha mencionado, el Estado no siguió la senda de la transposición temprana, sino que esperó más de dos años para continuar con la misma.

Por tanto, mediante la LAECSP, tal y como se indica en la Exposición de Motivos, se pueden considerar incorporados a nuestro Ordenamiento los artículos 6, 7 y 8 de la norma comunitaria, es decir, los referidos a la ventanilla única, el derecho de información y los procedimientos por vía electrónica. No obstante, la transposición realizada no se consideró adecuada ya que dos años y medio después, mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a la que más adelante me referiré, se reforma el artículo 6.3 de la misma, para incorporar una referencia concreta a las actividades de prestación de servicios y su ejercicio.

medida el avance intensificación de este proceso de adaptación se irá consolidando conforme se vaya asumiendo ese “cambio de paradigma” que representa, sin duda, pasar de una Administración basada en una intervención previa (o asentada en la técnica de la autorización mediante licencias) a otra cuyas pautas de funcionamiento se centren fundamentalmente en una intervención ex post (inspección y supervisión) [...]No cabe duda de que la transposición de la DS será gradual, compleja, y se proyectará sobre un amplio espacio temporal.”

⁶⁵²SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, cit., núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011, pág. 169, “La Ley 11/2007, de 22 de junio, ha sido la primera norma en la UE que se aprobó teniendo en cuenta la Directiva, al menos en parte,”

Como más adelante intentaré explicar, la Administración Electrónica⁶⁵³ es la clave de bóveda de todo el sistema que se pretende construir con la Directiva Servicios⁶⁵⁴. Esto es lógico si tenemos en cuenta que muchos de los derechos reconocidos a los prestadores de servicios no podrían ejercitarse si la Administración correspondiente no dispusiese de los medios electrónicos y personales adecuados. Es más, según entiendo, el cambio de régimen jurídico de acceso que propugna la Directiva, sustituyendo autorizaciones previas por controles posteriores, sólo puede llevarse a cabo mediante el completo desarrollo de la Administración Electrónica, con los medios técnicos y personales necesarios. De otra forma, sin que la Administración Electrónica se encuentre debidamente implementada (sin ventanilla única, procedimientos electrónicos, etcétera), muchas previsiones de la Directiva no tendrían sentido e incluso podrían poner en riesgo determinados bienes jurídicos de interés general.

Piénsese, si no, en el promotor de una actividad de servicios que comunica el inicio de actividad en los términos previstos en el artículo 71.bis.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), lo que le da derecho a

⁶⁵³PIÑAR MAÑAS, J.L., “Administración electrónica y protección de datos personales”, *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Año 2011, Número Extraordinario 1. Dedicado a: Estudios sobre la modernización administrativa, pág. 152, señala el autor, de forma muy acertada en mi opinión, que “Cuando hablamos del uso de tecnologías por parte de la Administración no sólo nos referimos al uso de medios informáticos o telemáticos en el procedimiento, sino a algo mucho más amplio y complejo. Por ello, utilizar la expresión-idea Administración Electrónica es sólo admisible si partimos de la base de que tal concepto engloba y encierra una riqueza temática mucho más amplia, que requiere una reflexión mucho más ambiciosa y profunda”

⁶⁵⁴RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit., pág. 12, “Por supuesto, desarrollar la Administración electrónica es clave para cumplir con las exigencias de la Directiva Servicios, que presuponen la interoperabilidad administrativa y la puesta en red de la información. Dos desafíos de gran envergadura coinciden en el tiempo, obligando a una transformación modernizadora de nuestras organizaciones administrativas”. En el mismo sentido se pronuncian DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., y MARTÍNEZ GUTIERREZ, R., “Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein*, cit., pág. 158. “Puede observarse una íntima o estrecha relación entre los postulados fundamentales de la Administración electrónica y los propósitos de la Directiva de Servicios que tiene como punto de conexión el establecimiento de mecanismos de Administración en materia de servicios”.

iniciar la actividad de forma inmediata, sin esperar a que la Administración competente lleve a cabo comprobación alguna sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, lo que puede poner en peligro los derechos de consumidores y usuarios (incluso su seguridad y salud, dependiendo del tipo de actividad de que se trate), si no se cumplen⁶⁵⁵. Pues bien, en un caso así, la implantación de la Administración Electrónica podría minimizar los riesgos ya que si estuvieran implantados los sistemas de interoperabilidad⁶⁵⁶ entre las distintas Administraciones, la que sea competente del control podría realizar una mínima comprobación sobre los datos manifestados por el promotor en tiempo real, verificando que cumple los requisitos que ha manifestado y permitiéndole, por tanto, comenzar su actividad, sin perjuicio de los controles posteriores o inspecciones que se pudieran llevar a cabo. Se trataría, en definitiva, de un control simultáneo. Esta es una idea que dejo apuntada y que desarrollaré en otro epígrafe de manera más profusa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema fundamental que presenta hoy la LAECSP es que su cumplimiento es solo obligatorio para el Estado (a partir del 31 de diciembre de 2009), siendo potestativo para Comunidades Autónomas y Entidades Locales, ya que en éstas se podrán ejercer los derechos reconocidos en el artículo 6⁶⁵⁷,

⁶⁵⁵ Este riesgo que comporta el derecho a comenzar la actividad de forma inmediata después de la presentación de la comunicación previa ha sido puesto de manifiesto por LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, cit., pág. 40, “Si se quiere que estas técnicas sean instrumentos de control preventivo, es preciso que no pueda realizarse actividad inmediatamente, sino ha de concederse a la administración un plazo razonable para que pueda fiscalizar la iniciativa. En otro caso no podrá evitarse la inmediata puesta en práctica de actividades que puedan ser dañosas para el interés general. como veremos, no es este el sentido con el que se regulan ambas técnicas en el nuevo artículo 71.bis LRJPAC, aunque sí en algunas normas sectoriales”.

⁶⁵⁶ Se debe poner de manifiesto, ya desde este momento, la importancia que, en mi opinión, tiene la interoperabilidad entre las diferentes administraciones públicas. En este sentido, GAMERO CASADO, E., “Interoperabilidad y Administración Electrónica: conéctense, por favor”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, pág. 292, señala que la interoperabilidad es “un proceso de normalización que permite a un programa o sistema informático compartir la información con otros programas y sistemas y establecer comunicación entre ellos [...] La interoperabilidad es el mayor paso adelante que se puede lograr en la gestión administrativa, ahorrando cantidades incalculables de tiempo y de dinero a las Administraciones Públicas y a los ciudadanos”.

⁶⁵⁷ Es este artículo el que reconoce los derechos de los ciudadanos en relación con la Administración Electrónica:

1. Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

“siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias” (Disposición Final Tercera). A la vista de la situación económica actual, es improbable que tanto

Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

2. Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos:

- a. A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.
- b. A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos.
- c. A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas.
- d. A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.
- e. A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.
- f. A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.
- g. A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública.
- h. A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas.
- i. A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.
- j. A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.
- k. A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

3. En particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:

- a. Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.
- b. Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.
- c. Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.
- d. Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.

Comunidades Autónomas como Entidades Locales hagan las inversiones públicas necesarias para continuar el desarrollo de la Administración Electrónica en los términos que exige la Directiva Servicios, por lo que falta una pieza clave del engranaje establecido por la norma comunitaria⁶⁵⁸.

3.2.- *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*

Quizás seas esta norma, también denominada “Ley Paraguas”⁶⁵⁹ la más importante en la transposición de la Directiva Servicios en nuestro país. Como ya he indicado en el epígrafe anterior, pese a que la transposición se inicia con la LAECSP en el año 2007, el Gobierno del Estado no continúa su desarrollo hasta dos años después con la aprobación de esta Ley. Sobre ella se ha escrito abundantemente y, hay que advertir que, en la mayoría de los casos, de forma negativa.

A continuación se analizarán algunos de las características de la Ley que he considerado más relevantes.

3.2.1.- Transcripción de la Directiva Servicios

⁶⁵⁸SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, cit., págs. 163-164, donde la autora manifiesta, en este sentido, que “Parece que el texto no se aprueba en el mejor momento económico. La implementación de un mercado libre en servicios en el ámbito de la UE requiere de un esfuerzo legislativo en países como Francia, Alemania, España o Italia. Pero esas reformas también suponen un sacrificio económico importante, en especial por las implicaciones que tiene la exigencia de tramitación *on line* y ventanilla única para los procedimientos que sean necesarios abrir por parte de los prestadores de servicios”

⁶⁵⁹MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 322, refiriéndose al nombre de Ley Paraguas, indican que son ridículos motes.

Lo primero que se puede destacar de la Ley 17/2009, es que se trata de una repetición del contenido de la Directiva Servicios. De hecho, el Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, sobre el Anteproyecto de la Ley, lo define como “mera transcripción”, indicando que no es una estrategia de transposición adecuada, ya que esta hubiera requerido, en algunos puntos, “una formulación más adecuada a nuestro ordenamiento”. Y es que, **la mera repetición de la Directiva mediante una Ley estatal, nada aporta a un proceso que se caracteriza por su complejidad**. En este caso, hubiera sido necesario realizar un esfuerzo y “establecer criterios y determinaciones propias más allá de lo que dice la Directiva”⁶⁶⁰. Estamos por tanto ante una mera transposición de carácter formal que no aporta valor añadido.

Este fenómeno de la repetición de normas (*leges repitae*) ha sido criticado por el Tribunal Constitucional con ocasión de la repetición, por parte de las Comunidades Autónomas, de la legislación básica del Estado. Manifiesta el Alto Tribunal que no es una forma adecuada de legislar pues se ve resentida la calidad de las normas, aportando confusión e inseguridad jurídica al proceso legislativo, aparte de que **se trata de una renuncia a sus funciones por parte del legislador que debe desarrollar la normativa ya aprobada**. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, que reproduce jurisprudencia establecida en otras resoluciones (Sentencia núm. 162/1996 y Sentencia núm. 150/1998, ambas del Tribunal Constitucional) se indica que “cierto que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las leyes, pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución Española. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (Sentencia núm. 76/1983), en otros casos en los que leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado, o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma”. Esta doctrina jurisprudencial podría aplicarse, de lleno, a la Ley 17/2009, de 23 de diciembre ya que, como se ha indicado, se trata de una mera repetición o transcripción de lo establecido en la Directiva, aunque

⁶⁶⁰MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 88.

el Tribunal Constitucional no es competente para pronunciarse sobre la adecuación de las normas internas al Ordenamiento comunitario.

Dicho esto, cabría preguntarse ¿Se ajusta al sistema de fuentes establecido en el Derecho comunitario la Ley 17/2009, de 23 de diciembre? ¿No son las Directivas normas que obligan a un resultado, dejando libertad a los Estados en cuanto a los medios? ¿Es adecuado al Derecho de la Unión, por consiguiente, la mera reproducción de una Directiva por una norma de Derecho interno? En cualquier caso, lo que sí puede concluirse es que la mera repetición de la norma comunitaria por una norma estatal, como es el caso, no parece la técnica legislativa más adecuada para incorporar a nuestro Ordenamiento interno tan importante Directiva. Hubiese sido necesario, según opino, un esfuerzo suplementario por parte del legislador.

3.2.2.- Enfoque ambicioso.

Como ya he puesto de manifiesto más arriba, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, pretende ir más allá de lo que exige la propia Directiva Servicios. Así se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la Ley (apartado I, párrafo cuarto) al indicar que “Por ello, esta Ley, al incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva, adopta un enfoque ambicioso intensificando la aplicación de sus principios”.

Este enfoque ambicioso al que se refiere la Exposición de Motivos, se pone de manifiesto en algunos de los artículos de la Ley cuando se comparan con los de la propia Directiva. Cito, a continuación, algunos ejemplos.

Así, en primer lugar, y tal como JIMEMEZ ASENSIO ha puesto de manifiesto, el concepto de prestador utilizado por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, es mucho más amplio que el que utiliza la Directiva. Esta norma define prestador como “cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro” (artículo 4.2), mientras que la

Ley española lo define como “cualquier persona física con la nacionalidad de cualquier Estado miembro, o residente legal en España” (artículo 3.2), es decir, el concepto incluye no solo a los nacionales, sino también a los residentes legales en España⁶⁶¹.

Otro ejemplo claro de este enfoque ambicioso o expansivo se puede encontrar en la diferente regulación efectuada de las denominadas razones imperiosas de interés general en la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, respecto de la Directiva Servicios. Cabe especificar ahora, sin ánimo de ser más exhaustivo pues a ellas dedicaré un epígrafe específico de este trabajo, que las razones imperiosas de interés general son aquellas que “permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones” a la libre prestación de servicios y su ejercicio⁶⁶². Teniendo en cuenta esto, la regulación efectuada en la Directiva incluye un concepto mucho más amplio de razón imperiosa de interés general que el que realiza la Ley. Así, la Directiva indica en su artículo 4.8 lo que habrá de entenderse por razón imperiosa de interés general: “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, **incluidas las siguientes**: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos

⁶⁶¹ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., págs. 122-123, “Dado que el artículo 3.2 incluye dentro del concepto de prestador también al residente legal en España, se supera la noción comunitaria que, en lo que a las personas físicas se refiere, llama a la nacionalidad de un Estado miembro como elemento central del concepto. Sin duda, la existencia de una fuerte inmigración en la última década en España y el dato que un porcentaje notable de esa inmigración se dedican a prestar actividades de servicios que caen dentro del ámbito de aplicación de la Ley, ha conducido a que tales personas físicas se les aplique las previsiones de la Ley”. Asimismo, el Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado, hace referencia a esta ampliación del ámbito de aplicación (Punto III, b): “En efecto, de conformidad con los planteamientos expuestos, el anteproyecto establece un ámbito de aplicación amplio (de hecho, desde el punto de vista subjetivo, lo es más que el de la Directiva, ya que incluye en el concepto de “prestador” no solo a los nacionales españoles o de cualquier otro Estado miembro, sino también a los residentes legales en España) y consagra el principio de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios”.

⁶⁶² Considerando 56 de la Directiva Servicios.

de la política social y cultural”, es decir, un concepto abierto⁶⁶³ y en plena evolución, o, si se prefiere, una “noción dinámica”⁶⁶⁴. En este sentido, la versión inglesa y francesa de la Directiva Servicios ha de interpretarse de la misma manera, con lo que no resulta un problema de idioma, sino de interpretación restrictiva del legislador. Una interpretación restrictiva intencionada. Así, el artículo 4.8 de la Directiva en su versión inglesa establece que: “overriding reasons relating to the public interest means reasons recognised as such in the case law of the Court of Justice, **including the following grounds**: public policy; public security; public safety; public health; preserving the financial equilibrium of the social security system; the protection. Por su parte, la versión francesa establece en este mismo artículo 4.8: “raisons impérieuses d’intérêt général, des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, **qui incluent les justifications suivantes**: l’ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l’équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l’environnement et de l’environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle”

Sin embargo, la regulación efectuada en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre es más restringido y cerrado, pues según su redacción quedan “**limitadas** [a] las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política

⁶⁶³ SALVADOR ALMENDARIZ, M^a. A., “Repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 388.

⁶⁶⁴ JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., pág. 50.

social y cultural”. En definitiva, **si para la Directiva el concepto es abierto (*numerus apertus*) y puede evolucionar en función de la propia jurisprudencia del Tribunal del Justicia, para la Ley es una lista cerrada (*numerus clausus*) y queda limitada a lo que ellas establece⁶⁶⁵. Esta “incorrecta transposición” de la Directiva Servicios, restringiendo indebidamente el concepto de razón imperiosa de interés general, podría suponer una vulneración clara del Derecho comunitario⁶⁶⁶.**

Por otro lado, hay que destacar que la Ley 17/2009 no exceptúa de su aplicación, a diferencia de lo que ocurre en la Directiva, “las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, respetando el Derecho comunitario, para fomentar la defensa cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación” (artículo 1.4 de la Directiva Servicios). Esta es otra manifestación del carácter expansivo de la normativa de transposición estatal. Y es que, si no se pueden utilizar instrumentos de control administrativo previo (autorizaciones o similares) para garantizar el pluralismo en los medios de comunicación social⁶⁶⁷, o para fomentar el

⁶⁶⁵ Esta opción del legislador español al transponer la Directiva ha sido criticada por la doctrina. Así, MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., págs. 253 y 254, “La interpretación sumamente restrictiva de la norma española de transposición se evidencia en la definición de las «razones imperiosas de interés general», que inexplicablemente la Ley Paraguas limita a las expresamente mencionadas en una lista cerrada [...] La definición cerrada y rígida de las razones imperiosas de interés general, unida a ese matiz prohibicionista que coloca a cualquier régimen autorizador bajo sospecha, hacen que la normativa de transposición en España pueda considerarse, desde luego, exageradamente maximalista. Quizás este sea el «enfoque ambicioso» que enfatizan los Preámbulos de la Ley Paraguas y de la Ley Omnibus (expresión que se repite al menos tres veces en los citados preámbulos), pero el extremismo del legislador español corre el riesgo de ceder luego ante los desarrollos y regulaciones sectoriales, que tendrán que hacerse más flexibles”. En el mismo sentido se pronuncia RIVERO YSERN, E., “Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas. Reflexiones sobre la actividad de intervención en la Directiva 2006/123/CE”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011, pág. 145, “No estoy de acuerdo con el artículo 3, definiciones, apartado 11, de la Ley 17/2009, ya que este criterio *numerus apertus* de la razón imperiosa de interés general lo convierte en *numerus clausus* poniendo en boca de la jurisprudencia del TJCE una limitación de estas razones”.

⁶⁶⁶ Así lo entiende LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-161, pág. 7, “Las razones enunciadas no son por tanto las únicas admisibles, lo que resulta lógico teniendo en cuenta que el TJ (tribunal del Justicia) puede proceder a ampliar estas razones, mientras que la Ley 17/2009, se dice *limitadas a las siguientes*. Se aprecia aquí, a nuestro entender, una incorrecta transposición de la DS (Directiva Servicios) por el legislador nacional que, en la medida en que no puede superarse por una interpretación conforme, debería ser corregida para que el Estado Español no incurra en una infracción del Derecho comunitario.

⁶⁶⁷ No está de más recordar, a este respecto, que el pluralismo es un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y que su manifestación en los medios de comunicación social está garantizado, como derecho fundamental, en el artículo 20.3 de nuestra Norma Fundamental.

uso de lenguas cooficiales en los territorios de las Comunidades Autónomas⁶⁶⁸, estaremos extendiendo el carácter liberalizador de la Directiva Servicios a sectores a los que la propia norma comunitaria no se quiere extender⁶⁶⁹. Cabría analizar detenidamente, para estos supuestos concretos, el denominado “efecto directo de exclusión”⁶⁷⁰ de las Directivas, ya que cabe preguntarse, en supuestos como el mencionado, si el legislador estatal no se ha excedido del margen de apreciación otorgado.

3.2.3.- Ley Horizontal

Ya se ha hecho referencia más arriba al carácter horizontal de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. La razón por la que el Estado ha optado por esta transposición la encontramos en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Ley

⁶⁶⁸ A estos efectos, resulta muy interesante el trabajo de NOGUERIA LÓPEZ, A., “Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios. ¿Hay espacio para los derechos lingüísticos?” *Revista de Llengua i Dret*, núm. 52, 2009, pág. 222,” El considerando 11 de la Directiva 2006/123/CE establece que «la presente Directiva no afecta a las medidas adoptadas por los Estados miembros con arreglo al Derecho comunitario, relativas a la protección o la promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación, incluida la financiación de dichas actividades». Esta declaración en cuanto a la vigencia de las medidas internas de protección y promoción de la lengua, que tan sólo tendría los límites anteriormente señalados de proporcionalidad y no-discriminación con arreglo al Derecho comunitario, es omitida del texto del Proyecto de ley remitido al Parlamento no figurando en su exposición de motivos [...] “del Proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que, lejos de dar cobertura a la protección de las lenguas propias, profundizan en la reducción de las garantías lingüísticas en las relaciones privadas”.

⁶⁶⁹ En este sentido, resulta muy interesante la regulación de las comunidades autónomas con lenguas cooficiales sobre los requisitos de acceso a la profesión de guía turístico en la que se mantiene como requisito previo al comienzo de la actividad, acreditar el conocimiento de las lenguas cooficiales de la correspondiente comunidad autónoma. Así, por ejemplo, el Decreto 5/1998, de 7 de enero, que aprueba el reglamento de guías turísticos de Cataluña exige conocimientos de catalán para obtener la necesaria habilitación previa. En el mismo sentido, En Galicia, el Decreto 42/2001, de 1 de febrero, exige acreditar conocimientos de las lenguas cooficiales en la comunidad.

⁶⁷⁰ MARTINEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión”, en la obra colectiva *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario en Perspectivas desde la Asociación de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, (Coords. ALDECOA LUZÁRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J.M., GONZÁLEZ ALONSO, L.N., HERRANZ BALLESTER, M., Y PASTOR PALOMA, A., FORNER, J.,) que se refiere a “aquel supuesto en el que las directivas comunitarias se invocan por los particulares para argumentar que los Estados, en la transposición o en la aplicación, han rebasado el margen de apreciación que aquellas les dejaban y pretender la inaplicación de la normativa o de la medida interna resultante, que sería así *ultra vires*”.

sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, de 27 de marzo de 2009, donde se indica que “para asegurar la existencia de un marco normativo claro y transparente que dé cumplimiento a las necesidades futuras, el esquema sectorial debe completarse con la elaboración de una Ley horizontal, que incorpore los principios generales de la Directiva y aporte un marco jurídico de referencia más allá del plazo de transposición”⁶⁷¹. Esta visión es compartida, igualmente, por el Consejo de Estado en el Dictamen 99/2009 ya mencionado⁶⁷².

En principio, este razonamiento es adecuado ya que, como indica el Consejo de Estado, es necesario contar con una Ley donde se recojan los principios esenciales contenidos en la Directiva Servicios para posteriormente realizar los correspondientes análisis y reformas sectoriales. Pero hubiera sido necesario, en mi opinión, recoger esos principios adaptándolos a nuestro Ordenamiento jurídico interno, y no realizar una mera transcripción de la Directiva, con los efectos señalados más arriba.

Por otro lado, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, carece de la necesaria efectividad al contener, muchos de sus artículos, meras declaraciones programáticas y de principios sin la adecuada fuerza normativa. Es decir, establece lo que se ha de hacer sin concretar la actuación. En palabras del Consejo de Estado, es una norma hueca, “vaciada de fuerza normativa”⁶⁷³.

⁶⁷¹ Punto 3, alternativas, pág. 7.

⁶⁷² Punto IV a) del Dictamen, “El Consejo de Estado no objeta esta forma de instrumentación de la transposición de la Directiva, en la medida en que permitirá contar con una ley horizontal en la que queden recogidos los principios previstos en la norma comunitaria que deben guiar la regulación de las actividades de servicios, no sólo en el momento de su entrada en vigor, sino también en el futuro y, por tanto, en las propuestas regulatorias que en lo sucesivo puedan impulsarse. Desde esta perspectiva, el anteproyecto constituirá un insoslayable punto de referencia a la hora de adaptar la normativa vigente en esta amplia materia a lo dispuesto en la Directiva de Servicios”

⁶⁷³ Reproduzco a continuación, por su claridad, el texto del Dictamen 99/2009 referido a esta cuestión: “Ahora bien, aun cuando el método de transposición por el que se ha optado no resulta en sí mismo objetable, no puede dejar de señalarse que esta peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento puede provocar ciertas distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva, como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno. Ante todo, ha de tenerse en cuenta que la ley proyectada es una disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos, pues las disposiciones incompatibles con algunas de sus previsiones mantendrán su vigencia hasta que sean adaptadas a ella o derogadas, lo cual deberá suceder, en todo caso, antes del 27 de diciembre de 2009 (disposición derogatoria única). Muchos de los preceptos de esta

Este carácter horizontal impide, además, recoger las características propias de determinados sectores económicos incluidos en el sector servicios que hubieran requerido, en mi opinión, un tratamiento específico. Tal es el caso, según entiendo, del turismo, que presenta características específicas cuyo tratamiento no puede realizarse, de manera adecuada por una Ley Horizontal.

3.2.4.- Ley Básica

Sobre el carácter básico de la Directiva he tenido ocasión de pronunciarme más arriba. Y es que, según se ha comentado, declarar el carácter básico de todo el articulado de la Ley, sin excepción, puede resultar excesivo y pone de manifiesto la ausencia de una verdadera reflexión sobre su alcance.

La Disposición Final Primera fundamenta el carácter básico de la norma en los puntos 1º, 13º y 18º, del apartado primero del artículo 149 de la Constitución Española. Al margen de que tal y como indica el Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009, existen dudas importantes sobre la posibilidad de atribuir carácter básico a una norma amparándose en el punto 1º⁶⁷⁴ y el 18º⁶⁷⁵ del artículo mencionado, en mi opinión, que

norma contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata. E igualmente incluye el anteproyecto artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la "parte expositiva" de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje. En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la directiva que de una ley. Así, los artículos que enuncian o anticipan una sucesión de medidas que los poderes públicos habrán de adoptar vienen a ser, por su carácter discursivo, vaciados de fuerza normativa, como una segunda exposición de motivos, lo que es impropio del articulado de una ley; o, si tienen carácter preceptivo, pueden generar problemas en su aplicación inmediata, ya que es necesario adaptar al anteproyecto las normas que actualmente regulan estas cuestiones. En estos casos, el momento normativo se desplaza a las disposiciones que se dicten con posterioridad a la aprobación de esta norma, quedando con ello demorada su eficacia".

⁶⁷⁴ Según lo dispuesto en el punto V, s) del Dictamen, "Parece claro, pues, que el artículo 149.1.1 no puede citarse como sustento del carácter básico de la ley".

aquí es contraria a lo establecido por el Consejo de Estado, tampoco sirve el punto 13º para sostener, por sí mismo, el carácter básico de toda la Ley. En efecto, lo que se quiere alcanzar es una cierta uniformidad en la interpretación de la Directiva Servicios, o, si se quiere, la aplicación coordinada y sistemática de la norma comunitaria evitando contradicciones. Pero **no se puede olvidar, por otro lado, que muchos de los servicios sobre los que la Directiva y la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, recae, son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y a estas corresponde su ordenación económica, que será libre con el único límite de lo establecido en la propia Directiva.**

Ya he señalado en otro lugar como el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, nos recordaba que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, y dentro de los límites constitucionales (y los derivados del Derecho comunitario, añadiría yo), “pueden asumir opciones económicas diferentes a las del Estado”⁶⁷⁶. Y no solo eso, sino que, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, “La compatibilidad entre unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía, ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad de intervenciones de los Poderes públicos en el ámbito económico”⁶⁷⁷. Admite el Tribunal Constitucional, por consiguiente, que las Comunidades Autónomas puedan utilizar en la economía medios de intervención diferentes a los establecidos por el Estado. Es decir, en desarrollo de la Directiva Servicios y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y respetando sus límites, las

⁶⁷⁵ Respecto al artículo 149.1.18º, tampoco puede sustentar la condición de básica de la Ley por su carácter excesivamente amplio: “la disposición examinada hace referencia expresa al artículo 149.1.18, precepto este en el que quedan englobadas competencias estatales de distinto alcance, pues algunas son básicas y otras, en cambio, exclusivas” (Punto V, s)).

⁶⁷⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, cit. pág. 103.

⁶⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 88/1996, de 1 de junio, fundamento jurídico 6º, en la que se analiza la compatibilidad entre autonomía política y unidad de mercado, en los siguientes términos: “Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya [...] en el sentido de considerar que de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos

Comunidades Autónomas pueden, legítimamente, dentro de su territorio y en materias de su competencia, realizar interpretaciones diversas a las del Estado. Así, por ejemplo, **se podrían llegar a mantener los controles previos de acceso a la prestación de determinados servicios turísticos cuando, una vez superado el triple test, se entienda que la garantía de la calidad turística es una razón imperiosa de interés general que hace necesaria dichos controles, no existiendo otros que cumplan eficazmente tales cometidos**, como ha ocurrido, como se verá, en Aragón. Esta tesis, que dejo ahora esbozada, será desarrollada más detenidamente en otro epígrafe.

Teniendo en cuenta lo anterior, estimo que la consideración de básicos de muchos artículos de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, puede resultar de dudosa constitucionalidad, en la medida que restringe la posibilidad de las Comunidades Autónomas de elegir entre diferentes opciones válidas. Piénsese, a título de ejemplo, en el carácter cerrado de las razones imperiosas de interés general que se derivan de lo establecido en el artículo 3.11. ¿No puede una Comunidad Autónoma, en uso de su autonomía económica, establecer una razón imperiosa de interés general diferente de las allí señaladas? ¿Podría, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Canarias, o las de Islas Baleares, determinar la calidad turística como razón imperiosa de interés general, que justifica el uso de autorizaciones previas, en la medida de la especial importancia del turismo para sus economías? En mi opinión, sí. Las Comunidades Autónomas, siguiendo con el ejemplo del turismo que es el que interesa a los efectos de este trabajo, y teniendo en cuenta que es una materia cuya ordenación corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.18 de la Constitución), podría establecer la calidad turística como razón imperiosa de interés general.

3.3.- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Esta es otra de las normas fundamentales a través de las que se ha procedido a realizar la transposición de la Directiva Servicios en el Estado. Tal y como ya he indicado, si mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre se procedía a la transposición

horizontal de la norma comunitaria, mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se lleva a cabo el enfoque vertical o sectorial, modificando diferentes leyes estatales que se consideran afectadas por la Directiva.

Esta Ley también es conocida por el sobrenombre de “Ley Ómnibus”, al igual que la anterior se la conoce como Ley Paraguas, lo que algunos autores califican como “ridículos motes”⁶⁷⁸.

3.3.1.- Segundo paso de la transposición estatal

Si mediante la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, se llevaba a cabo la transposición de los principios esenciales de la Directiva, sin que la norma estatal aportara casi ninguna novedad, mediante la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, se ha querido concretar esos principios generales en el Ordenamiento jurídico estatal. Es decir, la transposición se realiza, en una primera fase, con la aprobación de una Ley de carácter horizontal, mientras que la segunda fase, a la que nos referimos, requiere de modificaciones sectoriales concretas, que es lo que realiza esta Ley.

No obstante, se ha de tener en cuenta que esta Ley solo modifica normativa con rango de Ley, y que es necesario llevar a cabo, para completar adecuadamente la transposición de la Directiva, la identificación, evaluación y modificación, en su caso, de las correspondientes normas reglamentarias⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 322.

⁶⁷⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 779/2009, punto V apartado 1, “Ante todo, debe advertirse que el anteproyecto no agota en modo alguno las posibilidades de regulación que la incorporación de los principios y medidas previstos en la Directiva de Servicios ofrece, sino que, a menudo, opta por incorporar un mandato general y abierto que deberá ser objeto de concreción posterior mediante normas reglamentarias [...] una vez más será necesario, para lograr una plena incorporación de la norma comunitaria, acometer una labor de identificación y evaluación de la normativa afectada por ella -en este

De nuevo se pone de manifiesto la complejidad de la transposición de la Directiva, y la necesidad de un largo periodo de tiempo para llevarla a cabo de forma efectiva, algo que casa mal con el plazo otorgado en el artículo 44 de la norma comunitaria. Porque, si bien es cierto que España ha esperado hasta el último momento para aprobar las normas que “inician la transposición”⁶⁸⁰, no es menos cierto que una incorporación al ordenamiento jurídico interno de una norma como la Directiva Servicios exige un gran esfuerzo por parte de los Estados miembros, sobre todo en aquellos de corte continental en los que la actividad de policía se ha llevado a cabo, tradicionalmente, mediante controles previos (autorizaciones).

Ese cambio de cultura administrativa que propugna la Directiva, no se puede conseguir “con un simple chasquido de dedos”⁶⁸¹, o a “golpe de Boletín Oficial”⁶⁸² sino que exige, en mi opinión, una labor mucho más profunda que comienza, entre otras circunstancias, por una adecuada formación de los empleados públicos que, en definitiva, son lo que tiene que aplicar y hacer uso de las nuevas técnicas de intervención administrativa.

Por ello, estimo que, pese a que el Estado comenzó las labores de transposición demasiado tarde como para realizarlas con el debido sosiego, tampoco se hubieran alcanzados los objetivos señalados en la Directiva si se hubiera iniciado la labor de transposición más tempranamente. Y ello pese a que algún autor considera que la mejor situación económica de países como Francia y Alemania frente a la crisis económica se debe, en gran parte, a la más temprana transposición de la Directiva en sus respectivos

caso, en el nivel reglamentario-, para posteriormente modificarla, a fin de adecuarla a los preceptos de la Directiva”

⁶⁸⁰ Algunos autores señalan que las leyes estatales se han aprobado al límite, así, véase JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., pág. 8.

⁶⁸¹ MUÑOZ MACHADO, S., Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 302.

⁶⁸² RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 327.

ordenamientos⁶⁸³. No puedo estar de acuerdo con esta afirmación pues sería reconocer que la Directiva Servicios tiene, por sí misma, propiedades terapéuticas.

3.3.2.- De nuevo, el “enfoque ambicioso”.

En el epígrafe anterior, referido a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ya me referí a esta circunstancia: el legislador español, en la transposición de la Directiva, ha optado por un enfoque ambicioso, llevando la reforma más allá de lo que exige la norma comunitaria.

Pues bien, ese enfoque ambicioso se manifiesta igualmente, de forma meridiana, en la norma 25/2009, de 22 de diciembre⁶⁸⁴. Así, lo más llamativo es que se modifican un número importante de leyes que, en principio, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Servicios, como, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad: transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social.

Sobre este enfoque expansivo se ha mostrado especialmente crítico el Consejo de Estado en su Dictamen 779/2009, de 21 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Lo que parece preocupar al Consejo de Estado, en este caso, no es tanto el enfoque ambicioso que adopta el legislador español al transponer la norma comunitaria, modificando Leyes que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, como la urgencia con la que se ha llevado a cabo, lo que

⁶⁸³ RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit., pág. 7.

⁶⁸⁴ Así lo pone de manifiesto el Consejo de Estado en el Dictamen 779/2009 (Punto III, último párrafo) “se propone ir más allá, al tratar de extender sus principios a otras actividades que no están incluidas en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria”.

pone de manifiesto la falta de sosiego, meditación y reflexión que exige una reforma de este calado⁶⁸⁵.

Sin embargo, estimo que dicha crítica sobre la celeridad y la urgencia con que se ha hecho la transposición sectorial ha de extenderse, asimismo, al resto de normas modificadas, incluidas las que están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, pues igualmente se han reformado sin el debido reposo y meditación. Una transposición correcta de esta relevante norma exige realizar un adecuado análisis de las consecuencias de dichas reformas, ponderar adecuadamente los intereses en juego y evaluar en qué medida pueden verse vulnerados intereses generales. Nada de eso parece haberse hecho. Ha primado, según entiendo, la celeridad y el cumplimiento de los plazos marcados en la Directiva que la debida calidad de la reforma.

3.3.3.- ¿Resulta adecuada la utilización de esta técnica legislativa? Breve estudio sobre la calidad normativa⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ Así, en el epígrafe IV, párrafo tercero del mencionado Dictamen se establece literalmente que “Pues bien, aun cuando, con carácter general, la aplicación extensiva de los principios y reglas contenidos en la Directiva de Servicios - e incorporados a nuestro ordenamiento a través de la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio- a sectores de actividad excluidos de su ámbito de aplicación no es en sí misma objetable, sí debe reprocharse que tales modificaciones se incluyan en este anteproyecto. Y ello porque tales reformas no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella. En consecuencia, debería considerarse la posibilidad de posponer la modificación de tales normas, lo que sin duda permitiría un debate más reposado y una ponderación más sosegada de los intereses en juego”.

⁶⁸⁶ Sobre la calidad de las leyes, pude verse el interesante trabajo del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos(especial referencia a los casos *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo* ambos contra España, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 377-406. No es este además un problema reciente, sino que ha sido planteado históricamente por diversos autores tales como DE TOQUEVILLE, A., *La Democracia en América*, Ed. Orbis, Madrid, 1985, pág. 98, donde refiere una cita de MADISON en *The Federalist*, núm. 62, donde indica que “La facilidad que se encuentra para cambiar las leyes y el exceso que se puede hacer del poder legislativo me parecen las enfermedades más peligrosas a las que está expuesto nuestro Gobierno (se refiere al Gobierno de los Estados Unidos en el siglo XVIII); por otro lado, también se cita a JEFFERSON que, a su vez señalaba que “la inestabilidad de nuestras leyes es realmente un inconveniente muy grave. Creo que hubiésemos debido solucionarlo diciendo que hubiese siempre un intervalo de un año entre la presentación de una ley y su voto definitivo. Sería después discutida y votada, sin que se le pudiese cambiar una palabra, y si las circunstancias parecieran exigir una resolución más pronta, la proposición no podría ser adoptada por mayoría simple, sino con la mayoría de dos tercios de la cámara”.

Como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, para la transposición sectorial de la Directiva Servicios se utiliza la técnica legislativa propia de las leyes de acompañamiento o “leyes ómnibus”⁶⁸⁷, por las que, en un solo producto normativo se reforma un elevado número de normas jurídicas⁶⁸⁸. Pese a las críticas que sobre este tipo de normas ha realizado la doctrina⁶⁸⁹, y aunque en alguna ocasión el Gobierno de turno ha pretendido prescindir de las mismas⁶⁹⁰, parece que la necesaria agilidad de algunas reformas económicas exige de este mecanismo legislativo, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Alto Tribunal recientemente, aunque criticando la falta de calidad técnica y rigor de estas leyes⁶⁹¹.

Las razones por la que el Gobierno utilizó esta técnica legislativa para realizar la transposición están relacionadas, sin duda, con la necesidad de cumplir los plazos

⁶⁸⁷ Sobre el origen de esta técnica legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 77.

⁶⁸⁸ Siguiendo a GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M., “Las leyes de acompañamiento y el problema de las «leyes ómnibus»”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, pág. 530, podemos hablar de “cajones de sastre recolectores de un sinfín de materias legales a reformar”.

⁶⁸⁹ Según el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, “resulta completamente insoportable esta técnica de legislar en bloque, asistemáticamente, sin motivación alguna visible, simple fruto aparente del arbitrio y no de la razón legislativa, que parece que es la que debiera manifestarse en el debate de las Cámaras según la teoría democrática, de hecho fruto de iniciativas ocasionales y arbitristas de los distintos servicios administrativos y cuyo texto final resulta normalmente inextricable para el lector incluso más despierto, que necesitará un esfuerzo excepcional para llegar a hacerse cargo del efecto innovativo global que tan expeditivamente se ha introducido en el ordenamiento”. Véase, asimismo, el trabajo de MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Leyes de Presupuestos y leyes «de acompañamiento»: Aspectos constitucionales de los Presupuestos Generales del Estado y abuso de las formas jurídicas por el Gobierno”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999.

⁶⁹⁰ En septiembre de 2004, el primer Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero anunció que prescindiría de la técnica de las leyes de acompañamiento para devolver al Parlamento su protagonismo, ver edición digital del diario *El País* de 5 de septiembre de 2004.

⁶⁹¹ Mediante dos recientes sentencias, la núm. 136/2011, de 13 de septiembre (con voto particular), y la núm. 176/2011, de 8 de noviembre. En la primera resolución hay un voto particular del Magistrado Don Manuel ARAGÓN REYES, donde indica que “No obstante, estos defectos, que fomentan sin duda la inseguridad, no suponen ineluctablemente su realización y en tal sentido no pueden erigirse, por sí solos, en causa de inconstitucionalidad de la ley. Sí que ponen de manifiesto, desde luego, una deplorable técnica legislativa, pero, como sostiene la Sentencia de la que discrepo (no en este punto), el juicio de constitucionalidad que corresponde realizar a este Tribunal no puede versar sobre la técnica legislativa o la perfección técnica de las leyes (aunque tampoco está de más, a mi juicio, resaltar que la calidad de las leyes debiera constituir un objetivo primordial del legislador y más todavía del legislador democrático”.

establecidos en la propia Directiva⁶⁹². Y es que este tipo de leyes tienen una serie de características que el Gobierno quiso aprovechar por razones de conveniencia política: unos plazos ciertos y preestablecidos en su tramitación y la posibilidad de incluir diferentes materias sin que ello dé lugar a largos debates y discusiones parlamentarias⁶⁹³, algo que permitió al Ejecutivo controlar el proyecto pese a no contar con la mayoría absoluta en la legislatura⁶⁹⁴.

No obstante, la utilización de este tipo de normas en nuestro ordenamiento jurídico puede plantear serias dudas sobre su constitucionalidad por vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE)⁶⁹⁵. No cabe duda, por consiguiente, que la utilización de una sola norma con diferentes finalidades u objetos puede plantear importantes problemas sobre los que la doctrina ya se ha pronunciado⁶⁹⁶.

En el caso concreto que ahora me ocupa, la transposición de la Directiva Servicios mediante este mecanismo legislativo, se debe indicar que no resulta una excepción a lo mencionado en el párrafo anterior. Así lo ha manifestado la profesora NOGUEIRA LÓPEZ al indicar que “esta anómala forma de legislar con proyectos

⁶⁹² Según el artículo 44.1 de la Directiva, según ya he tenido ocasión de indicar, el plazo finalizaba el 28 de diciembre de 2009.

⁶⁹³ Para un análisis de estas características de las leyes de acompañamiento o leyes ómnibus, puede consultarse el trabajo de la profesora GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M., “Las leyes de acompañamiento y el problema de las «leyes ómnibus»”, cit., pág. 527.

⁶⁹⁴ Se debe recordar que en la novena legislatura, desde el 1 de abril de 2008 al 13 de diciembre de 2011, el PSOE, partido en el Gobierno presidido por Don José Luís Rodríguez Zapatero, no contaba con mayoría absoluta.

⁶⁹⁵ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M., “Las leyes de acompañamiento y el problema de las «leyes ómnibus»”, cit., págs. 563 a 565, “[...] respeto al principio de seguridad jurídica, es éste el punto donde mayores y más justificadas críticas pueden oponerse a estas leyes: acumulación de materias reguladas, disparidad e inconexión entre las mismas, frecuentes reformas de todos los sectores del ordenamiento. Es, así pues, respecto de esta cuestión donde se plantea en toda su extensión el problema de los límites entre la inadecuada técnica jurídica y la infracción del principio constitucional de la seguridad jurídica [...] Por ello, resulta necesario insistir en que lo importante no es que la ley sea la LPGE, o la de Acompañamiento, sino intentar poner freno en el futuro a estotipo de iniciativas consistentes en aprobar macroleyes convertidas en auténticos cajones de sastre, en las que frecuentemente se limitan a responder a las demandas de los distintos socios políticos, o de los *lobbies* económicos sin permitir un adecuado debate parlamentario”.

⁶⁹⁶ DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A., “Notas en torno a las leyes de objeto diverso: Elaboración parlamentaria y jurisprudencia constitucional” *Cuadernos de derecho público*, Nº 6, 1999.

transversales -leyes cajón- que modifican muy diversas normas no aporta siquiera como ventaja un hilo conductor o una cierta armonía en las soluciones normativas que se ofrecen. Si algo se puede criticar a la ley ómnibus es la falta de una visión de conjunto coherente y jerarquizada en los cambios que ha operado”⁶⁹⁷. En el mismo sentido, criticar la técnica legislativa utilizada para transponer la Directiva, se pronuncia el profesor RIVERO ORTEGA que pone de manifiesto: “La principal crítica que puede hacerse a la Ley Ómnibus, al margen de su grado de cumplimiento de las exigencias europeas, radica en su planteamiento con el esquema de Ley escoba, con una técnica que supone resucitar las viejas leyes de acompañamiento, textos que dieron lugar a objeciones razonadas por su inexistente sistemática y su carácter de anticódigo, con plausibles dudas de constitucionalidad e indiscutibles problemas desde el punto de vista de las integraciones de nuevos textos, juegos de derogaciones y concordancias con preceptos interrelacionados de otras normas legales o reglamentarias”⁶⁹⁸.

Estoy de acuerdo con las afirmaciones que se realizan por los profesores mencionados en el párrafo anterior. Una norma tan relevante como la Directiva Servicios debería haber sido transpuesta con una técnica legislativa más depurada. **En mi opinión, lo correcto hubiera sido realizar un análisis exhaustivo de cada sector económico (e incluso, de cada subsector), ponderando adecuadamente el interés general presente en cada caso para comprobar si se superaba el denominado triple test y, por consiguiente, se podían sustituir las autorizaciones por las nuevas técnicas de policía administrativa (declaraciones responsables y comunicaciones previas).** Pero para ello hubiera sido necesario disponer del tiempo adecuado. Sin embargo, la técnica utilizada, la Ley Ómnibus, no permite realizar ese análisis exhaustivo necesario en mi opinión, pues, como ya he mencionado, en la misma Ley se reforman 47 leyes tan dispares como la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas o la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, entre otras.

⁶⁹⁷ NOGUEIRA LOPEZ, A., *¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis*, en VV.AA, *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, cit., pág. 121

⁶⁹⁸ RIVERO ORTEGA, R., *La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?*, cit., pág. 133.

Por tanto, no parece, repito, la forma más correcta de realizar la transposición de una norma tan importante, sobre todo si tenemos en cuenta que se ha aprovechado la ocasión para modificar leyes que, en principio, ni siquiera resultan afectadas por la Directiva Servicios, sustrayéndolas de un debate parlamentario más racional y sosegado, tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen 779/2009⁶⁹⁹, como ya he indicado en el epígrafe anterior.

Frente a la *sage lenteur*⁷⁰⁰ (sabia lentitud) que esta transposición exigía, se ha optado por todo lo contrario, una incorporación acelerada y a trompicones de la norma europea que implica, en mi opinión, una falta de meditación adecuada de las reformas operadas.

3.4.- Breve referencia a otras leyes utilizadas para la transposición de la Directiva Servicios.

3.4.1.- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Tal y como se indica en su Exposición de Motivos, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, profundiza en la transposición de la Directiva Servicios para “continuar el esfuerzo de remoción de obstáculos administrativos iniciado con las normas de transposición de la Directiva de Servicios, pero, además, asume la necesidad de incidir en otros aspectos que resultan en la actualidad negativos para la situación de nuestra economía o que son susceptibles de simplificación y agilización”⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ Así, en el epígrafe IV, párrafo tercero del mencionado Dictamen.

⁷⁰⁰ Sobre la *sage lenteur* habla el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, cit., pág. 48, indicando “Frente a lo que Maurice HAURIOU llamaba aún, a comienzos de este siglo, *la sage lenteur*, la sabia lentitud, de las Asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las leyes, que venían de cuando en cuando s perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes Códigos, Carl SCHMITT pudo hablar ya en 1946 de la legislación motorizada”

⁷⁰¹ Epígrafe IV, párrafo primero, de la Exposición de Motivos

En cualquier caso, se ha de poner de manifiesto que el objeto de la Ley que ahora se comenta tiene un alcance mucho más amplio que el mercado de servicios, pues abarca a toda la economía, y mucho más ambicioso que el establecido en la Ley 29/2009, de 22 de diciembre, pues pretende, según lo establecido en su articulado (en concreto artículos 4 a 7), entre otras muchas cosas, mejorar la calidad de la regulación de todos los sectores económicos, es decir, mejorar todo ordenamiento jurídico.

Llama la atención, no obstante, que la propia norma que pretende mejorar el entorno regulatorio sea un ejemplo de falta de calidad normativa. Y es que se utiliza de nuevo la técnica legislativa propia de las Leyes de acompañamiento o de las leyes ómnibus, aprovechando una sola norma para reformar más de 60 leyes (entre ellas la Ley 7/1985, de 1 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que a su vez había sido modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, hacía tan solo unos meses). Puesto que ya me he referido a los problemas que plantea este tipo de leyes, me remito a lo dicho en el epígrafe anterior.

Uno de los aspectos más positivos de la Ley es el referido a la definición de sostenibilidad⁷⁰² que ofrece. Bien es cierto que el concepto había sido utilizado ya por el legislador (sobre todo en la materia turística, donde el concepto alcanza gran protagonismo), pero no con la amplitud que ahora se hace, ya que incluye aspectos sociales (empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social). No obstante, dedicaré una parte de esta obra a analizar este importante concepto y su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

Me gustaría destacar, para finalizar este epígrafe, dos aspectos importantes de la Ley contenidos en el Título II relativo a la competitividad (capítulo I, simplificación administrativa).

⁷⁰² Para comprender la evolución del concepto de desarrollo sostenible, ver el trabajo dirigido por el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS, *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Ed. Civitas, 2002. Igualmente, resulta esencial la lectura de PIÑAR MAÑAS, J.L., “El desarrollo sostenible como principio jurídico”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

El primero se refiere al silencio administrativo e impela al Gobierno para que el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la norma, remita a las Cortes un Proyecto de Ley para revertir el sentido del silencio en todos aquellos procedimientos administrativos que, no encontrándose amparados por una razón imperiosa de interés general, lo mantienen desestimatorio. El principal problema que plantea esta regulación, que en principio es coherente con la regulación del silencio administrativo previsto en la Directiva Servicios, es que la Disposición Transitoria segunda de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, había declarado amparados por una razón imperiosa de interés general todos aquellos procedimientos administrativos que mantuvieran el silencio negativo a su entrada en vigor. Sin embargo, ahora se pretende revertir esa regulación causando, en mi opinión, una gran inseguridad jurídica.

En segundo lugar, resulta igualmente importante el artículo 41 por el que se añaden el artículo 84.bis y 84.ter a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. La inclusión de estos preceptos avanza en la transposición de la Directiva Servicios en el nivel local, pues establecen que, con carácter general, el ejercicio de actividades no requerirá controles previos, sino las comunicaciones previas o declaraciones responsables que ya se incluyeron en la anterior reforma efectuada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. Lo que no es tan fácil de comprender, en mi opinión, es por qué se ha llevado a cabo esta transposición en el nivel local en dos tiempos diferentes, primero con la Ley 25/2009, de 23 de diciembre, y después, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, si hubiera sido más sencillo llevar a cabo una única reforma.

3.4.2.- Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Respecto a esta norma, supone otro paso más en el camino hacia la completa liberalización del sector servicios iniciado por la Directiva, por lo que se ha de considera un avance más en su larga transposición.

Lo primero que se puede destacar de esta norma, es su difuso ámbito de aplicación. Y es que, en virtud del artículo 2 de este Real Decreto, se aplicarán a todas las actividades comerciales minoristas y, además, a la prestación de los servicios que se incluyen en el Anexo de la norma. Pero esto puede resultar confuso teniendo en cuenta que muchos de los servicios incluidos en el Anexo pueden ser considerados, en realidad, actividades comerciales⁷⁰³, lo que induce a pensar que el Real Decreto se aplica exclusivamente a las actividades incluidas en el listado del Anexo. En relación a las exclusiones, cabe mencionar que la norma no se aplicará a los establecimientos superiores a 300 metros cuadrados, así como aquellos que tengan un impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de bienes de dominio público.

No obstante lo anterior, lo más relevante de esta norma, a los efectos que aquí interesan, es la regulación que se realiza en los artículos 3, 4 y 5 sobre las nuevas técnicas de intervención administrativa previstas en la Directiva Servicios. Así, el artículo 3 establece como regla general, en una farragosa redacción, que no se exigirá licencia previa (de instalación, funcionamiento o actividad) para el inicio (o cambio de titularidad) de actividades comerciales y de servicios que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma. Tampoco se exigirá licencia previa para la realización de obras de acondicionamiento de los locales correspondientes, siempre y cuando no sea necesaria la redacción de un proyecto de obra de conformidad con lo previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación⁷⁰⁴. El artículo 4, por su

⁷⁰³ Véanse las actividades incluidas en la Agrupación 64. Comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco realizado en establecimientos permanentes.

⁷⁰⁴ Según al artículo 2.2 de la Ley 5/1999, de 5 de noviembre, requieren proyecto de obra las siguientes construcciones:

- a. Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
- b. Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

parte, establece la sustitución de las licencias previas por declaraciones responsables o comunicaciones previas (sin distinguir una figura de otra) remitiendo para su regulación a la LRJPAC. Por último, el artículo 5 hace referencia al régimen de control posterior, habilitando a las entidades locales para que regulen estos procedimientos en sus respectivos ámbitos competenciales, algo que resulta, en mi opinión muy acertado pues, como tendré ocasión de señalar más adelante, son estas, la entidades locales, las que por su cercanía al ciudadano, y por su experiencia en la realización de actividades de inspección⁷⁰⁵, las más indicadas para ejercer los controles posteriores.

Por otro lado, una de las reformas más importantes de esta norma es la contenida en la Disposición Final Primera por la que se modifica el Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. La reforma adecúa el régimen tributario local a las nuevas figuras de intervención administrativa, permitiendo a las entidades locales exigir los correspondientes tributos cuando se presente una declaración responsable o comunicación previa o cuando se realice un control posterior. De esta manera, las entidades locales no perderán una fuente importante de sus ingresos, riesgo que ya había sido puesto de manifiesto por algún autor ante la desaparición generalizada de las licencias previas locales y su sustitución por declaraciones responsables y comunicaciones previas⁷⁰⁶.

-
- c. Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

⁷⁰⁵ Según entiendo, inspección y control posterior son actividades administrativas que, pese a que tienen puntos en común, presentan rasgos diferenciadores muy importantes

⁷⁰⁶ Algo que había sido ya puesto de manifiesto por el profesor RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, pág. 11, “la eliminación de las autorizaciones municipales, aunque presenta resistencias en muchos municipios que ven en las licencias sobre todo un medio de financiación, de modo que al menos habrá que esperar a la reforma de la Ley de Haciendas Locales para que la objeción fiscal desaparezca, al sustituir el hecho imponible de la autorización por los medios alternativos de control, posteriores o concomitantes”.

Para terminar con el comentario a esta norma, se debe indicar que, de nuevo, se trata de una ley ómnibus, es decir, del tipo de las de acompañamiento a los presupuestos generales, ya que se utiliza para modificar un amplio número de leyes con ámbitos sectoriales muy diferentes⁷⁰⁷. Además de la crítica que esta técnica legislativa merece, a la que ya me he referido más arriba, hay que añadir, respecto a este Real Decreto-Ley en concreto, que se utiliza un instrumento pensado para los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 de la CE), y que no estimo adecuado para el caso que nos ocupa. Si uno de los principales problemas que plantaba la técnica de las leyes ómnibus era que se impedía una adecuada deliberación del proyecto en sede parlamentaria, esta circunstancia se agrava en este caso, ya que dicha deliberación es inexistente.

4.- La transposición de la Directiva Servicios en el las Comunidades Autónomas.

Una vez analizadas la transposición de la Directiva Servicios en el ordenamiento jurídico estatal, procederemos a estudiar lo que han hecho las Comunidades Autónomas para incorporar esta norma tan relevante.

Como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, ha sido el Estado quien, apoyándose en sus títulos competenciales exclusivos ha aprobado una Ley horizontal de transposición con carácter básico⁷⁰⁸. Posteriormente, se ha aprobado la Ley 25/2009, de 23 de diciembre, para llevar a cabo la transposición sectorial (aunque esta norma

⁷⁰⁷ Se modifican el Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, al que ya me he referido (Disposición Final Primera), la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (Disposición Final Segunda), Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (Disposición Final Tercera), el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (Disposición Final Cuarta), el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (Disposición Final Quinta).

⁷⁰⁸ Según la Disposición Final Primera, la Ley con carácter básico se dicta en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.1º, 13º y 18º de la Constitución.

modifica también normas de carácter general u horizontal como la LRJPAC o la LRBRL).

Pero han de ser cada una de las Comunidades Autónomas las que incorporen la Directiva Servicios en aquellos ámbitos sectoriales cuya competencia les corresponde en exclusiva⁷⁰⁹ (por ejemplo: turismo, comercio interior, artesanía, pesca en aguas interiores, etcétera) por lo que a continuación analizaremos como se ha realizado esta labor.

Cabe indicar que todas y cada una de las Comunidades Autónomas han incorporado, con mayor o menor fortuna, la Directiva Servicios a sus ordenamientos jurídicos⁷¹⁰. A continuación, utilizando como criterio de distinción el método de transposición, distinguiré aquellas Comunidades Autónomas que han utilizado una ley ómnibus de aquellas que han ido modificando sector por sector, explicando las consecuencias de haber optado por uno u otro medio. No obstante, hay que aclarar que muchas de las regiones han utilizado ambos métodos:

4.1.- Comunidades Autónomas que han utilizado la técnica de la ley ómnibus

⁷⁰⁹ Una labor que BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., han calificado como una labor “bastante más ardua y trabajosa” que la transposición que ha llevado a cabo el Estado, en “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, 2010, pág. 503.

⁷¹⁰ La mayoría de comunidades autónomas cumplieron los plazos de transposición fijados en la propia Directiva (28 de diciembre de 2009) como, por ejemplo: Andalucía mediante el Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, Castilla y León, a través del Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, o Madrid con la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña; otras, sin embargo, han comenzado la transposición en fecha muy recientes, incumpliendo claramente los plazos establecidos en la norma europea, como Galicia, mediante la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas Leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, o País Vasco con la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. En cualquier caso, a día de hoy, todos los ordenamientos autonómicos tiene en mayor o menor medida incorporada la Directiva Servicios.

Ya he tenido ocasión de señalar más arriba los problemas que plantea la utilización de la técnica legislativa de la ley ómnibus para llevar a cabo la transposición de la Directiva Servicios al ordenamiento jurídico correspondiente. No obstante lo anterior, han sido muchas las comunidades autónomas que han utilizado este mecanismo para incorporar la norma comunitaria⁷¹¹.

⁷¹¹ En concreto, han llevado a cabo la transposición mediante ley ómnibus:

- Andalucía, mediante el Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, posteriormente convertida en Ley 3/2010, de 21 de mayo;
- Aragón, a través del Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, de modificación de diversas Leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior;
- Galicia, Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas Leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior;
- País Vasco, Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior;
- Navarra, con Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior;
- Cataluña, a través del Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, de adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, previa delegación del Parlamento al Gobierno mediante Ley 5/2010, de 26 de marzo;
- Castilla y León, mediante el Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León;
- Madrid, con la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña;
- Castilla-La Mancha, Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior;

Sin embargo, se debe aclarar desde este momento que no todas las comunidades autónomas que han utilizado este instrumento normativo lo han hecho de la misma manera, sino que han seguido patrones, en ocasiones, muy diferentes.

Así, algunas regiones han utilizado la forma del Decreto-Ley (en concreto: Castilla y León, Aragón y Andalucía, aunque en esta posteriormente se llevó a cabo su conversión en Ley), añadiendo a los problemas planteados por la técnica de la ley ómnibus, los relativos a la falta de intervención del parlamento correspondiente.

En efecto, no parece esta la forma más correcta de transponer una norma comunitaria de tanta relevancia, y así lo ha puesto de manifiesto en alguna ocasión el Tribunal Constitucional, como, por ejemplo, en la reciente Sentencia 1/2012, de 13 de enero, en cuyo Fundamento Jurídico 9, párrafos 7º y 8º expresamente manifiesta: “el recurso al decreto-ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, sin mayores precisiones, no se adecuaría al presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad, por lo que constituiría un uso abusivo de una facultad excepcional conforme a la Constitución española como es la legislación de urgencia y conduce a un reforzamiento de la posición institucional del poder ejecutivo en detrimento de la del legislativo, [...]. De mantenerse otra interpretación se alentaría la progresiva atracción de la incorporación de las directivas hacia el ámbito funcional del decreto-ley, en detrimento de los principios de legitimidad democrática directa y de

-
- Valencia, Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat;
 - Murcia, mediante Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; y,
 - Baleares, con la Ley 12/2010, de 12 de noviembre, de modificación de diversas leyes para la transposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior

legalidad que recaen inicialmente en la acción de las Cortes Generales en cuanto que representantes del pueblo soberano. Como hemos afirmado recientemente en la Sentencia 119/2011, de 5 de julio (FJ 7), a propósito de una utilización indebida del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo, «desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener pero no forzar la Constitución». Tanto más cuanto que la incorporación de las directivas de la Unión Europea constituye una obligación normal, previsible y hasta cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea”.

De forma diferente ha actuado Cataluña, que también ha utilizado una norma con rango de Ley aprobada por el Poder Ejecutivo, pero previa delegación mediante la correspondiente Ley del Parlamento⁷¹², es decir, mediante un decreto-legislativo. Esta forma de incorporar la norma comunitaria al ordenamiento interno me parece más adecuada que la referida en el párrafo anterior, pues al menos se garantiza la intervención del Poder Legislativo en una reforma normativa de tanto calado. Aunque siguen existiendo los problemas derivados de reformar diversas leyes mediante una sola norma jurídica, es decir, el mecanismo de la ley ómnibus, que como ya se ha indicado, puede afectar de forma negativa a la seguridad jurídica.

Por último, las restantes comunidades autónomas (Balears, Valencia, Murcia, Galicia, País Vasco, Navarra, Madrid y Castilla-La Mancha) que han utilizado esta técnica, lo han hecho a través de las correspondientes normas con rango de Ley aprobadas por los respectivos parlamentos, es decir, han utilizado la misma técnica que el Estado, por lo que me remito a lo indicado más arriba sobre esta cuestión.

4.2-Comunidades Autónomas que han llevado a cabo una transposición sectorial.

⁷¹² Este instrumento normativo está recogido en el artículo 63.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Las restantes comunidades autónomas no mencionadas en el epígrafe anterior (Asturias, Cantabria, Extremadura, La Rioja y Canarias) han procedido han incorporar la Directiva Servicios mediante una reforma caso por caso de cada ámbito sectorial afectado.

Este método de transposición tiene importantes ventajas. Por un lado, las correspondientes reformas legales habrán ido precedidas, en principio, por debates parlamentarios específicos sobrecada materia, lo que supone una deliberación más sosegada de cada una de las cuestiones planteadas⁷¹³. Esto que acabo de indicar me parece de vital importancia, pues lo que la Directiva Servicios implica no es otra cosa que la eliminación de los controles administrativos previos de acceso a las actividades de servicios en general⁷¹⁴, salvo en los supuestos en que exista una razón imperiosa de interés general que justifique el mantenimiento de tales controles (principio de necesidad)⁷¹⁵. Es decir, habrá que ponderar, caso por caso, sector por sector, si existen razones de interés general que justifiquen el mantenimiento de los mencionados controles previos. Esta técnica de transposición permite realizar adecuadamente la valoración de los intereses generales implícitos en cada sector y, por consiguiente, apreciar, de manera más meditada, la existencia de razones imperiosas de interés general en cada caso concreto⁷¹⁶. Y es que estas razones imperiosas pueden ser

⁷¹³ Ya he tenido ocasión de referirme a la necesaria *sage lenteur* de las Asambleas Legislativas a las que se refiere el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, cit., pág. 48, citando a Maurice HAIRIOU. Ver nota 281.

⁷¹⁴ Excepto aquellos servicios que quedan fuera de su ámbito de aplicación en función de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Directiva y a los que ya me he referido.

⁷¹⁵ Además del principio de necesidad indicado, los controles previos estarán justificados siempre y cuando cumplan los otros dos principios que componen el triple test del artículo 9.1 de la Directiva Servicios, es decir, no discriminación y proporcionalidad.

⁷¹⁶ Una de las críticas más importantes que se ha hecho a la transposición de la Directiva Servicios en nuestro país está relacionada con la falta de meditación y sosiego de las reformas que se han realizado al eliminar, sin más, los controles previos de acceso a las actividades de servicios. Así, la profesora NOGUEIRA LÓPEZ ha manifestado que “La supresión o mantenimiento de autorizaciones administrativas no parece haber sido realizada en base a un análisis sobre su necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio sino en base a criterios aleatorios alejados del riesgo o perjuicio a los intereses generales que esa decisión pueda pudiera provocar”, en *¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis*, cit., pág. 136.

diferentes en función del ámbito concreto analizado, pues no es lo mismo, a estos efectos, el sector comercial, el sector turístico o el de los colegios profesionales, cada uno tendrá sus riesgos específicos que habrá que abordar en concreto. No vale, por tanto, según entiendo, respuestas generales, sino un análisis pormenorizado de cada sector y ámbito concreto⁷¹⁷.

Sin embargo, este método de transposición sectorial también tiene inconvenientes. El más importante, en mi opinión, es el referido al tiempo necesario para llevar a cabo las correspondientes reformas, que puede implicar, como así ha sucedido en la mayoría de las comunidades autónomas que han optado por esta vía, un incumplimiento del plazo marcado en la Directiva⁷¹⁸. No se debe olvidar, sin embargo, que la Directiva está publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea desde el 27 de diciembre de 2006, lo que supone que se disponía de tres años para hacer las correspondientes reformas para su adaptación.

No obstante lo anterior, hay que poner de manifiesto que no todas aquellas comunidades autónomas que han utilizado este método sectorial de transposición lo han hecho adecuadamente. En sentido inverso, se ha de indicar que otras regiones que han utilizado la técnica referida en el epígrafe anterior, es decir, la ley ómnibus (incluso con la forma de decreto-ley), han salido airoas de esta complicada transposición. Tendré oportunidad de desarrollar esta tesis más adelante, refiriéndome fundamentalmente al sector turístico.

5.- La transposición de la Directiva Servicios en las Entidades Locales.

⁷¹⁷ En este mismo sentido se expresa el profesor JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit. pág. 129, al manifestar que “para resolver los problemas con tino y sentido, y sobre todo si se quiere aplicar correctamente el derecho comunitario, no cabe otra vía que analizar en cada caso cuando realmente nos encontramos ante una razón imperiosa de interés general de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE (se refiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea), lo que nos obliga de inmediato a contrastar esa invocación con el alcance que en cada caso (analítico casuístico) se ha llevado a cabo por la jurisprudencia comunitaria de tal o tales razones imperiosas de interés general, así como motivar suficientemente la opción”.

⁷¹⁸ Repito que, según el artículo 44.1 de la Directiva, el plazo máximo de transposición era el 28 de diciembre de 2009.

5.1.- Modificación de la legislación básica estatal de régimen local.

Uno de los niveles territoriales más afectados por la Directiva Servicios, y que juega un papel más relevante en su transposición es, precisamente, el local⁷¹⁹. Y es que no se debe olvidar que la mayoría de las licencias y controles de policía previos sobre actividades de servicios se realizan por entidades locales, y en concreto, por los municipios, a los que me referiré especialmente.

Además, se debe señalar que por su especial cercanía a los ciudadanos, este nivel administrativo es el más adecuado para informar sobre los efectos que la transposición de esta norma ha tenido (y seguirá teniendo) en nuestro país en lo concerniente a la eliminación de controles previos (licencias y autorizaciones), ventanillas únicas, simplificación de procedimientos, etcétera. En el mismo sentido, es importante hacer referencia a que, precisamente por esa cercanía al ciudadano, las entidades locales se encuentran en una situación privilegiada para responder a los posibles efectos negativos de la transposición de la Directiva Servicios, en concreto a los que están relacionados con la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios y la garantía de una prestación de servicios de calidad⁷²⁰, elementos que pueden verse negativamente afectados, según se expondrá más adelante, por la eliminación de los controles previos.

Se ha de partir de la base de que los municipios, pese a que tienen reconocida autonomía política en virtud del artículo 140 de la CE, no pueden dictar normas con rango de ley, por lo que en la transposición de la Directiva han dependido, en gran medida, de lo que previamente han realizado tanto el Estado como las correspondientes

⁷¹⁹ MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 87, señala que en este proceso las entidades locales están llamadas a jugar un papel importante.

⁷²⁰ Según indica MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 87, “Como Administración más receptiva por su cercanía a los ciudadanos, las Entidades Locales están en un contexto y tiene una disposición muy favorable para la defensa de los derechos de consumidor y para impulsar la gestión de calidad en todos los servicios”.

comunidades autónomas⁷²¹. Por tanto, la transposición de la Directiva Servicios en los municipios exigía, en primer lugar, una reforma de la legislación local, tanto estatal como autonómica. Esta es la razón por la que la incorporación a los ordenamientos locales se ha retrasado en gran medida⁷²².

Me voy a referir ahora en concreto, y de forma exclusiva, a las reformas realizadas por el Estado en la legislación básica local:

La primera reforma efectuada en la LRBRL fue realizada por el artículo 1 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, donde se incluyó un nuevo apartado 4 al artículo 70.bis, en el que se hace referencia a la ventanilla única en el ámbito local. Igualmente, se reforma el artículo 84, relativo a los instrumentos de intervención de las entidades locales en las actividades de los ciudadanos, para incluir, junto a las ordenanzas y bandos; licencias previas (que pasan a ser excepcionales en virtud de lo dispuesto en la Directiva y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre); y órdenes individuales, los nuevos instrumentos de intervención administrativa, es decir: las declaraciones responsables, comunicaciones previas y controles posteriores. Estos nuevos instrumentos de intervención no son, sin embargo, definidos. Tampoco se establece su régimen jurídico, añadiéndose una simple remisión al artículo 71.bis de la LRJPAC⁷²³. Más adelante me referiré a esta cuestión que puede

⁷²¹ Así, el profesor JIMENEZ ASENSIO, R., se refiere a esta circunstancia como “efecto domino” en la transposición, indicando, además, que las entidades locales han sido “dejadas a su propia suerte o, lo que es lo mismo, condenadas a su inoperancia”, en *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., págs. 89 y 201 respectivamente.

⁷²² En este sentido se manifiestan MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 88, “Las entidades locales no han dispuesto de tiempo para modificar sus normas, que, por ser de rango reglamentario, necesitan acomodarse a las Leyes con precisión. Pero lo peor es que tampoco dispusieron de suficiente información sobre los contenidos y sobre otros aspectos necesarios acerca de cómo se estaban desarrollando los trámites previos de transposición. Hasta finales del año 2009, la gran mayoría de Entidades Locales no tenía información clara y suficiente”, o JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit., pág. 201, “También a los poderes locales les ha condicionado sobremanera el retraso en la adaptación de la normativa estatal, pero también les está condicionando especialmente el retraso (todavía mayor) de las CCAA en proceder asimismo a adaptar su propia normativa”.

⁷²³ Señala MOREU CARBONELL, E., en “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 276, que la regulación

plantear importantes problemas en nuestro ordenamiento jurídico, pues de la regulación contenida en la LRJPAC y la LRBRL no resulta muy clara la diferencia entre las declaraciones responsables y las comunicaciones previas, así como el papel que ha de jugar los controles posteriores en todo este entramado de mecanismos de intervención administrativa que, en mi opinión, es esencial⁷²⁴.

La segunda reforma se lleva a cabo mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en cuyo artículo 41 se añaden dos nuevos artículos a la LRBRL: el artículo 84.bis⁷²⁵ y el 84.ter⁷²⁶. El primero de los artículos mencionados, el 84.bis, resulta muy interesante pues supone una nueva formulación de razones imperiosas de interés general, mucho más restrictiva de las establecidas en la propia Directiva Servicios⁷²⁷ e incluso de las previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de

efectuada en la LRJPAC, después de la modificación de esta Ley llevada a cabo por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, no merece el calificativo de “regulación general”.

⁷²⁴ Así, RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85 manifiesta que en el nuevo sistema de policía administrativa son esenciales los controles posteriores. En el mismo sentido se expresa ESTEVE GARCÍA, F., “Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios”, cit., pág. 21, cuando manifiesta “que los estados miembros deberían evitar el desmantelamiento de controles ex ante sin haber creado los pertinentes procedimientos y medidas para que los nuevos controles ex post resulten efectivos”.

⁷²⁵ Artículo 84 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.

⁷²⁶ Artículo 84 ter. Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial.

⁷²⁷ Artículo 4.8 de la Directiva: «razón imperiosa de interés general», razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

noviembre⁷²⁸. Ya he mencionado que las razones imperiosas de interés general resultan esenciales en el nuevo sistema de intervención administrativa, pues ellas han de sustentar los sistemas de control previos que, de forma excepcional, puedan existir⁷²⁹. Pues bien, como ya tuve ocasión de señalar, el Estado, en sus pretensiones de transposición ambiciosa de la Directiva había llevado a cabo una interpretación restrictiva de esas razones⁷³⁰, algo que, ahora para el ámbito local, vuelve a hacerse. Lo que más llama la atención de esta nueva restricción de las razones imperiosas de interés general es la eliminación de la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios como criterio para justificar el mantenimiento de una licencia o autorización previa.

Como es conocido, tanto el artículo 4.8 de la Directiva, como el 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre incluyen, entre estas razones, la protección de los consumidores y usuarios, algo que no se hace para el ámbito local. Por tanto, las administraciones locales, las más cercanas al ciudadano, no pueden, según la nueva redacción de la LRBRL, utilizar mecanismos de control previo para evitar que los nuevos promotores de actividades de servicios que se establezcan en su territorio conculquen los derechos de los consumidores y usuarios. En mi opinión es un claro retroceso⁷³¹. No obstante, esta interpretación puede ser reconducida por las comunidades autónomas que, en el uso de sus propias competencias sobre legislación local, podrán

⁷²⁸ Razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

⁷²⁹ Junto a los principios de no discriminación y proporcionalidad, según ya se ha dicho.

⁷³⁰ Sobre la interpretación restrictiva del concepto de razón imperiosa de interés general, se refiere MOREU CARBONELL, E., *La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable*, cit., pág. 253 y 254. En los mismos términos pronuncia RIVERO YSERN, E., “Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas. Reflexiones sobre la actividad de intervención en la Directiva 2006/123/CE”, cit., pág. 145.

⁷³¹ En este sentido me remito, de nuevo, al trabajo del profesor GUILLÉN CARAMES, J., *El estatuto jurídico del consumidor: (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, cit.

mantener una razón imperiosa de interés general que viene reconocida tanto por la propia Directiva como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Por otro lado, en esta segunda reforma a la que me he referido, se incluye en la legislación básica local el artículo 83.ter. Este artículo impone a las entidades locales competentes la obligación de establecer, cuando no se puedan llevar a cabo controles administrativos *ex ante* porque sería contrario a la normativa comunitaria, los procedimientos de comunicación previa necesarios. Además, impone igualmente a las entidades locales la necesidad de establecer procedimientos de control posterior para verificar el cumplimiento de los requisitos fijados en la legislación sectorial. De este nuevo artículo cabe resaltar, primero, la referencia exclusiva a la comunicación previa como instrumento de control, a diferencia de lo que sucede en otras leyes que se refieren indistintamente a la comunicación previa y a la declaración responsable, instrumentos que tiene naturaleza y fines diferentes, como se pondrá de manifiesto más adelante en un epígrafe específico. Y es que la eliminación de la declaración responsable como medio de control posterior es positiva, pues aporta mayor seguridad jurídica a un sistema que se refería de forma indistinta a ambos mecanismos⁷³².

⁷³² A la insuficiente distinción entre ambos mecanismos se han referido el profesor RIVERO ORTEGA, R., *La Ley Ómnibus: “¿reformas estructurales en el sector servicios?”*, cit., pág. 138, lo que demuestra, en su opinión, “la insuficiente reflexión sobre cada una de las categorías”; Asimismo, RODRIGUEZ FONT, M., “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 87, indicaba, antes de la reforma que “¿Cómo elegir entre declaración o comunicación como medio de intervención más adecuado? El artículo 84 de la LRBRL las sitúa al mismo nivel como técnicas de control”; En el mismo sentido, la profesora MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., págs. 281-282, señala que “Ahora, en el proceso de reforma del sector servicios, el legislador parece empeñado en dotar a la declaración responsable de un significado propio y de una autonomía que en realidad no tiene. A mi juicio, la declaración responsable debería haberse quedado como una técnica de simplificación documental, en ocasiones anudada a procedimientos de autorización o comunicación previa, no como una verdadera alternativa a la autorización administrativa. Su alcance y características son, además, muy heterogéneos, resultando difícil encontrar notas definitorias comunes. Unas veces, en efecto, la declaración responsable supone simplemente un aplazamiento de la acreditación documental a un momento posterior del procedimiento. Otras veces, ni siquiera exime de adjuntar la documentación exigida por la normativa sectorial”. En cualquier caso, existen normas jurídicas donde se realiza una distinción entre comunicación previa y declaración responsable sin demasiado fundamento como, por ejemplo, la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de Baleares, artículos 23 y 24, donde parece que la declaración responsable está reservada para el inicio de las actividades turísticas, y la comunicación previa para indicar cambios en aquellas actividades que ya están iniciadas.

Se ha de destacar, igualmente, de este nuevo artículo 84.ter, que obliga a las entidades locales competentes a establecer procedimientos de control posterior para verificar el cumplimiento de los requisitos por parte de los prestadores de servicios. Resulta una novedad positiva porque, hasta ahora, según se desprende de la regulación general contenida en el artículo 71.bis.3 de la LRJPAC, no era tan clara su obligatoriedad. En cualquier caso, la regulación de los controles posteriores debería ser mejorada, primero, en el sentido de definir claramente en que han de consistir dichos controles *ex post*, estableciendo plazos máximos para realizarlos, mecanismos de control, etcétera; y, segundo, llevando dicha regulación a la LRJPAC que al regular el procedimiento administrativo común, es la norma más adecuada.

5.2- Adaptación a la Directiva Servicios por parte de las entidades locales.

Una vez que el Estado ha procedido a realizar la modificación de la legislación básica de régimen local, y las comunidades autónomas han procedido a adaptar su propia normativa, corresponde a las entidades locales incorporar la Directiva Servicios a su propio ordenamiento.

Para llevar a cabo la adaptación de la normativa local, el Ministerio de Administraciones Públicas⁷³³ publicó, en febrero de 2009, un documento titulado “Directiva de Servicios: Manual de evaluación para las entidades locales”⁷³⁴. Este documento pretende ser una guía para las que las entidades locales llevan a cabo la correspondiente evaluación normativa y adaptación a la Directiva. En este proceso participa la Federación Española de Municipios y Provincias así como las correspondientes comunidades autónomas, pues muchos municipios no disponen de los medios personales ni materiales adecuados para proceder a realizar dicha labor⁷³⁵.

⁷³³ Actualmente es el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

⁷³⁴ Puede consultarse este documento en la página web del Ministerio: <http://www.minhap.gob.es>.

⁷³⁵ En este sentido, será especialmente importante la ayuda que puedan prestar las Diputaciones Provinciales a los pequeños ayuntamientos, dado que en virtud del artículo 36.1 d) de la LRRL: “Son

En cuanto al método de transposición, y trayendo a colación lo que más arriba se dijo sobre el Estado y las comunidades autónomas, podríamos mencionar dos diferentes. Primero, mediante una “ordenanza ómnibus”⁷³⁶ que modificase todos y cada uno de los reglamentos locales para su adaptación a la Directiva Servicios. Esta opción ha sido la que ha escogido el Ayuntamiento de Madrid que, por medio del Acuerdo del Pleno de 30 de marzo de 2011, aprueba la ordenanza por la que se adaptan al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición de la Directiva.

Otro mecanismo podría ser la adaptación, caso por caso, ordenanza por ordenanza, ponderando y valorando adecuadamente la posible existencia de razones imperiosas de interés general que justificasen, en su caso, el mantenimiento de los sistemas de control previo. En mi opinión, el método más adecuado es este último por ser, como ya he mencionado más arriba, más sosegado y permitir una toma de decisiones más meditada, aunque tiene como defecto, lógicamente, su mayor dilatación en el tiempo, lo que impide la transposición en plazo.

6. El problema de la calidad de las normas de transposición

Aunque ya me he referido a este problema más arriba de manera tangencial, voy a tratar de analizar en este epígrafe la cuestión de forma más exhaustiva. Y es que no estamos ante una cuestión baladí, sino de vital importancia, que ha venido preocupando

competencias propias de la Diputación [...] La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”.

⁷³⁶ Según indica MOREU CARBONELL, E., en “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 257, “sería de mucha utilidad que cada entidad local aprobara una «ordenanza omnibus» u «horizontal» que revisara todas las normas locales con previsiones contrarias a la Directiva, pero esta posibilidad se encuentra mermada por el hecho de tener que esperar a la adaptación de la legislación estatal o autonómica”.

a la doctrina desde hace ya algún tiempo⁷³⁷. No obstante, por las características de este trabajo, voy a analizar fundamentalmente la calidad de las normas que se han utilizado para llevar a cabo la transposición de la Directiva Servicios en el Estado, cuestiones que serán, en la mayoría de las ocasiones, trasladables a la transposición que han llevado a cabo las comunidades autónomas.

Para realizar este análisis me voy a referir tanto a las cuestiones técnico-formales, como de las cuestiones de índole sustantivo o material⁷³⁸. Las primeras son las relativas al tipo de norma utilizada, estructura, etcétera; mientras que las segundas, por el contrario, son las referentes al impacto que produce en la sociedad, (ciudadanos, empresarios, análisis coste/beneficio, etcétera).

6.1.- Calidad de las normas de transposición desde el punto de vista formal

Desde el punto de vista formal, las leyes de transposición también algunos problemas, aunque son menores que las cuestiones sustantivas.

La norma más polémica puede ser, sin duda, el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, pues, aparte de utilizar la técnica de las leyes ómnibus, utiliza la forma de Real-Decreto Ley, es decir, una norma con rango de Ley aprobada por el Gobierno, lo que deja al margen del debate a las Cortes Generales, único representante del pueblo español donde reside la soberanía nacional⁷³⁹. Y es que, si como ya indiqué, y me

⁷³⁷ Esta preocupación por la calidad de las normas jurídicas ha sido puesta de manifiesto por diferentes autores: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, cit.; TUDELA ARANDA, J., “Calidad y renovación del concepto de Ley”, *Revista de la Cortes Generales*, nº 52, 2001; PONCE SOLE, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009; MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009.

⁷³⁸ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, cit., 335.

⁷³⁹ Artículos 1.2 y 66.1 de la CE.

volveré a referir en el epígrafe siguiente, esta técnica plantea problemas en cuanto a la escasa intervención del Parlamento, la circunstancia se agrava ante este tipo de normas, en la que ni si quiera interviene, salvo para, en su caso, la convalidación.

6.2.- *Calidad material de las normas de transposición.*

La técnica legislativa utilizada por el Estado para la transposición de la Directiva Servicios puede plantear importantes problemas. Así, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre; la Ley 2/2011, de 4 de marzo y el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo. Por su parte, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, no es una ley omnibus, pero también surgen dudas sobre su calidad normativa ya que estamos ante una norma que es una copia exacta de la misma Directiva.

Las tres primeras leyes mencionadas comparten el mismo problema, es decir, en todas se utiliza la técnica de las denominadas leyes de acompañamiento o leyes omnibus⁷⁴⁰ con los problemas que de ellos se deriva y que ya han sido mencionados. Esta técnica legislativa, mediante la cual se utiliza un solo instrumento normativo para llevar a cabo la reforma de un número elevado de leyes, puede plantear serias dudas sobre su constitucionalidad⁷⁴¹ pues afecta de lleno a un principio vital de nuestro ordenamiento jurídico recogido en el artículo 9.3 de la CE: la seguridad jurídica.

⁷⁴⁰ Sobre el origen de esta técnica legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, cit., pág. 77. Además, pueden consultarse los trabajos de otros autores ya mencionados como GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M., “Las leyes de acompañamiento y el problema de las «leyes omnibus»”, cit.; DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A., “Notas en torno a las leyes de objeto diverso: Elaboración parlamentaria y jurisprudencia constitucional” *Cuadernos de derecho público*, N° 6, 1999; MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Leyes de Presupuestos y leyes «de acompañamiento»: Aspectos constitucionales de los Presupuestos Generales del Estado y abuso de las formas jurídicas por el Gobierno” cit.

⁷⁴¹ Aunque dos sentencias recientes llegan a la conclusión de que el uso de esta técnica legislativa, por sí sola, no resulta inconstitucional, pese a que se llega a calificar de “deplorable”. Véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 136/2011, de 13 de septiembre (con voto particular), y la núm. 176/2011, de 8 de noviembre, ya mencionadas más arriba.

El problema esencial de esta técnica legislativa, como se ha indicado en otra ocasión, es que en el procedimiento de elaboración de la norma en sede parlamentaria, no se lleva a cabo un debate calmado y específico sobre cada reforma operada, sino que se modifican las leyes sin tener en cuenta los efectos que puede tener sobre el ámbito sectorial específico. El ejemplo más claro lo encontramos en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que supone la enmienda de hasta 48 leyes de muy distinto carácter (desde la Ley de Aguas, Texto Refundido aprobado por, hasta la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias), lo que pone de manifiesto la ausencia de la deliberación adecuada. La modificación se produce por “aluvión”. Pero la Ley 25/2009 no es el único ejemplo, sino que las subsiguientes normas de transposición adolecen del mismo defecto formal, algo que sin duda ha agravado la actual situación de crisis económica que hace que parece justificar este tipo de leyes ante la imperiosa de necesidad de tomar medidas de fomento de la economía. En este sentido, entiendo que es de suma importancia realizar las modificaciones legislativas adecuadas con la celeridad impuesta por las circunstancias económicas. En este aspecto el ordenamiento jurídico debe mostrar cierta flexibilidad. Pero ello no debe ser óbice para que dichas reformas sean adecuadas, meditadas y con la calidad⁷⁴² material necesaria para que produzcan los efectos deseados. La flexibilidad legislativa no puede estar reñida con la calidad.

Por otro lado, la Ley 17/2009, de 22 de noviembre, también plantea cuestiones de índole sustantivo. En este caso no se trata de una ley del tipo ómnibus, pero plantea otro problema importante: se trata de una mera reproducción de la Directiva Servicios⁷⁴³, sin que el Poder Legislativo, al llevar a cabo la transposición, haya introducido las correspondientes modulaciones para incorporarla a nuestro ordenamiento. A este fenómeno de la “*leges repitae*” me he referido en un epígrafe anterior, por lo que ahora sólo cabe añadir los problemas de calidad que ello conlleva. Y

⁷⁴² Utilizamos el concepto de calidad normativa que implica una adecuación a los principios de buena regulación: proporcionalidad, consistencia, transparencia, responsabilidad y eficacia. Estimo que estos principios han de ser aplicados independientemente del rango de la norma de que se trate, es decir, tanto a leyes como a reglamentos, aunque, lógicamente, con las necesarias matizaciones. ; PONCE SOLE, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior, calidad reglamentaria y control judicial”, cit., pág. 204.

⁷⁴³ MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 88.

es que esta técnica legislativa tampoco parece la más adecuada para llevar a cabo la transposición, pues lo cierto es que, las directiva comunitarias, según el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷⁴⁴, obligan en cuanto al resultado, dejando libertad a los estados miembros respecto de los medios.

Esta configuración de las directivas comunitarias como normas que obligan a un resultado resulta muy importante a los efectos que aquí me ocupan, pues los Estados miembros han de añadir ciertas dosis de derecho nacional en su transposición. Es decir, no basta con que los estados miembros copien literalmente la directiva en su ordenamiento, como ha ocurrido con la Directiva Servicios en España, pues se estarían desnaturalizando las fuentes del Derecho comunitario⁷⁴⁵, constituyendo una patología en la aplicación del mismo. Si se hubiera querido eso, se hubiera utilizado otra norma comunitaria más adecuada a esos fines como es el reglamento⁷⁴⁶, que es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados.

Por tanto, se puede concluir que la transposición de la Directiva Servicios en el Estado a través de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, no cumple tampoco los criterios de calidad sustantiva, pues no se ha llevado a cabo la ejecución y el desarrollo de la norma comunitaria como era de esperar. El papel jugado por el Estado ha sido de simple “copista” de la Directiva⁷⁴⁷, circunstancia que ha sido criticada por el Consejo de Estado

⁷⁴⁴ El artículo 288.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

⁷⁴⁵ SORIANO GARCÍA, J. E., *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, 2ª Ed., pág. 100.

⁷⁴⁶ Según el artículo 288.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.”

⁷⁴⁷ El profesor SORIANO GARCÍA, J. E., *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, cit., págs. 96 a 100, reivindica el papel protagonista de los Estados en la aplicación de las Directivas comunitarias indicando que “En el caso de las Directivas el papel jugado por los Estados es fundamental. Las Directivas, incluidas como fuente original del Derecho comunitario y elemento característico del mismo, responden en gran medida al carácter *sui generis* que tiene la Comunidad y que, lejos de olvidarse de los Estados miembros, admite que estos tengan un papel dominante tanto en la formulación de su Derecho, como en su aplicación. A veces, cuando se analiza el Derecho comunitario, enfrascados en la defensa del efecto directo y de la primacía, perdemos de vista que en los actos comunitarios hay un papel

en su Dictamen 99/2009 sobre el anteproyecto de la Ley, donde se indica que hubiera sido necesario “una formulación más ajustada a nuestro ordenamiento”⁷⁴⁸.

esencial y aun en alza de los Estados como tales [...] las Directivas suponen el reconocimiento de que tal integración ha de hacerse con respeto a las opciones políticas nacionales al menos por lo que se refiere a su puesta en marcha, sin que el carácter detallado que van adquiriendo deje, en gran medida, de constituir una anomalía sólo explicable desde la patología con que en muchas ocasiones han actuado los propios Estados miembros en cuanto destinatarios de la misma [...] una interpretación literal, lógica y sistemática del Tratado, no deja lugar a dudas de que la distinción entre Reglamentos y Directivas sigue siendo esencial [...] Hay que recabar, pues, el papel que corresponde a los Estados en la ejecución normativa de las Directivas comunitarias, frenando el proceso de asimilación a los Reglamentos”.

⁷⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado 99/2009, punto IV.c). “Transposición y transcripción”.

CAPÍTULO QUINTO.

EFFECTOS DE LA DIRECTIVA SERVICIOS SOBRE LAS TÉCNICAS DE CONTROL ADMINISTRATIVO. NUEVAS TÉCNICAS DE POLICÍA ADMINISTRATIVA⁷⁴⁹ Y SU APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1.- La autorización previa como control *ex ante*

Pese a que no estamos ante una de esas “nuevas”⁷⁵⁰ técnicas de policía administrativa a las que me refiero en título del epígrafe principal, estimo importante referirme a la autorización administrativa porque la Directiva Servicios ha cambiado la configuración de esta técnica de policía que, en mi opinión, puede seguir siendo muy útil para la consecución de determinados fines de interés públicos.

⁷⁴⁹ Creo necesario aclarar, desde este momento, qué se entiende por policía administrativa a efectos de este trabajo. Para ello acudo a los clásicos del Derecho administrativo español, en concreto al profesor JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949, pág. 44, en la que, citando a SANTI ROMANO, indica que “Llámase policía la actividad administrativa que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta última pueden derivarse”, añadiendo que “Este concepto de la policía, como medio de mantener el orden público, ampliamente entendido, mediante la limitación de las actividades privadas, y de restablecerlo por la fuerza, una vez perturbado, conviene perfectamente al Derecho administrativo español”. En el bien entendido de que este concepto de policía administrativa que se ofrece incluye también la actividad sancionadora. Resulta igualmente importante, y sorprendente, por las cuestiones que se van a tratar en los próximos epígrafes lo que, a continuación añade el profesor JORDANA DE POZAS “Dejando aparte casos muy singulares, ni la policía ni la justicia pueden constituir actividades privadas, mientras que todas las necesidades a que atienden los servicios públicos propiamente dichos han sido históricamente satisfechas por procedimientos de derecho privado y pueden volver a serlo si cambian las circunstancias.” Por otro lado otros autores como el profesor SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Iustel, Madrid, 2004, pág. 250, prefieren sustituir el término “policía administrativa” por el de “ordenación”

⁷⁵⁰ Se entrecomilla el término nuevas porque, como ha puesto de manifiesto RODRIGUEZ FONT, M, “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos* cit., pág. 82, en realidad “No son técnicas nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, pues hay antecedentes anteriores a la Directiva 2006: Ley de Industria de 1992, Ley General de Subvenciones de 2003 y Ley de Contratos del Sector Público 2007”. En el mismo sentido se manifiesta FERNANDEZ TORRES, J.R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista catalana de dret public*, núm. 44, 2011, pág. 96, “Es notorio que las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, (que) no son en absoluto ajenas al ámbito del Derecho Administrativo”.

1.1.- Sobre el concepto de autorización administrativa⁷⁵¹

En relación al concepto de autorización administrativa, y siguiendo en este caso a GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T.R.⁷⁵², se puede indicar que se trata de una técnica administrativa de limitación de derechos de los particulares por la que la Administración, previa emisión del correspondiente acto administrativo, consiente que un ciudadano ejerza una actividad privada, inicialmente prohibida, para llevar a cabo un control administrativo de su ejercicio. Y todo ello con el objetivo de salvaguardar un bien de interés general previamente considerado. Esta técnica administrativa es especialmente utilizada en el ámbito de las actividades económicas en las que se usa, fundamentalmente, para llevar a cabo “la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables”⁷⁵³.

Esta consideración resulta especialmente interesante para la tesis que aquí pretendo proponer, pues, **en ocasiones, surgen dudas importantes a cerca de la eficacia de las nuevas técnicas administrativas para conseguir los mismos objetivos**

⁷⁵¹ Debemos partir de la base de que con autorización podemos referirnos a un concepto muy heterogéneo de técnicas administrativas. Así, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, cit., pág. 253 y siguientes, nos indica que el concepto de autorización es diferente en función del sector al que nos refiramos “entre una licencia de obras, una licencia de taxi una autorización de vertido a cauces públicos y una autorización de una entidad de crédito existen diferencias irreconciliables pese a pertenecer todos estos supuestos, pese a pertenecer todos estos supuestos a la técnica común de la autorización [...] el mecanismo de la autorización es siempre el mismo: la norma jurídica califica determinadas actividades como potencialmente lesivas (o dotadas de una capacidad de incidencia relevante para los intereses públicos; por ello, subordina el ejercicio de dichas actividades a un acto de la Administración en el que comprueba y declara que la modalidad de ejercicio que el particular pretende no produce dicha lesión, o se establece las condiciones específicas bajo las que puede ser desarrollada para evitarla [...] La autorización, por tanto, posee siempre carácter declarativo: declara la inexistencia de lesión hacia el interés público”. Además, Para una visión general y completa de esta técnica jurídica, LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 2006.

⁷⁵² GARCIA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 137.

⁷⁵³ GARCIA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 136.

que la autorización. La cuestión principal que quiero plantar es ¿Sirven la declaración responsable y la comunicación previa, tal y como están configuradas en la actualidad, para conseguir los objetivos que hasta ahora tenía encomendados la técnica “autorizatoria”? La respuesta, a la vista de la regulación actual de las nuevas técnicas administrativa es, en mi opinión, que no.

Pero pongo un ejemplo relacionado con el sector turístico para fundamentar esta tesis: la mayoría de las leyes de turismo de las comunidades autónomas establecen, como uno de los objetivos fundamentales de la política turística, alcanzar unos niveles altos de calidad en la oferta⁷⁵⁴. Hasta la aprobación de la Directiva Servicios en el año 2006, y las correspondientes normas de transposición, se utilizaba, como técnica administrativa fundamental para conseguir ese objetivo, la autorización turística. Sin embargo, con la aprobación de la Directiva y el resto de normas⁷⁵⁵, las comunidades autónomas, con competencia exclusiva en la materia⁷⁵⁶, han sustituido sistemáticamente la técnica de la autorización por las nuevas de comunicación previa y declaración responsable (con el correspondiente control posterior), sin plantearse de forma seria y meditada, según entiendo, si son óptimas y eficaces para conseguir unos niveles adecuados de calidad en la oferta. No se ha analizado si esa calidad turística que se pretende puede ser considerada una razón imperiosa de interés general (dada la

⁷⁵⁴ Artículo 9 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía; Artículo 1.1 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, de turismo de Illes Balears; Artículo 4.3 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha; Artículo 1.2.h) de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León; Artículo 3 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo Cataluña; Artículo 1.1.c), de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia; Artículo 4.2 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia; Artículo 4.a) de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid; Artículo 19 de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana; Artículo 4.c) de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo; Artículo 4.g) de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón; Artículo 4.b) de la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo de Asturias; Artículo 17 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, donde viene configurado como un derecho subjetivo y; Artículo 27 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias. Así lo ha manifestado igualmente, una parte importante de la doctrina, como por ejemplo, TUDELA ARANDA, J., TUDELA ARANDA, J., “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”, cit., pág. 378, al indicar que “La calidad es un auténtico principio de la política turística y como tal debe ser proyectado sobre el derecho del turismo”.

⁷⁵⁵ Lo que he venido en denominar “bloque normativo de la liberalización del sector turístico”

⁷⁵⁶ Artículo 148.1.18º de la CE establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en “Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”

dependencia económica de la mayoría de las regiones españolas de este sector) o si un control posterior, en el caso de que exista, no se producirá demasiado tarde para ser eficaz (piénsese que cuando se quiera efectuar ese control, muchos consumidores y usuarios turísticos pueden haber hecho ya uso del servicio correspondiente, con el daño que produciría si no se han respetados unos niveles mínimos de calidad). Antes de llevar a cabo la transposición a este sector, y eliminar de forma general la autorización como técnica administrativa de control de acceso a las actividades de servicios turísticos, hubiera sido necesario plantear un debate serio, meditado y sosegado para la toma de una decisión adecuada.

Bien es cierto que, como toda institución jurídica, la autorización, para ser eficaz y útil a la Administración (y por ende a la sociedad a la que esta sirve), debe adaptarse a los tiempos y a las nuevas circunstancias sociales. Por ello, no pretende realizarse aquí una defensa numantina de esta técnica, que en muchas ocasiones, para diversos tipos de actividades privadas (sobre todo las turísticas, a las que en concreto se refiere este trabajo, que requieren una buena dosis de dinamismo), ha quedado absolutamente obsoleta.

Pero sí estimo necesario plantear, al menos, la siguiente reflexión: **¿No se habrá precipitado el Estado (y las comunidades autónomas) en su ambiciosa interpretación de la Directiva Servicios, al eliminar muchas de las autorizaciones previas que protegían determinados bienes de interés general y que han podido quedar huérfanos de protección pública?** Cabe indicar ya, desde este momento, que la respuesta a esta pregunta viene condicionada por la debida articulación de otra técnica, más o menos novedosa en nuestro Derecho, que es la que se denomina “control posterior”, actividad diferente a la de inspección aunque comparta muchos de sus principios e instrumentos y a la que me referiré específicamente en un epígrafe posterior⁷⁵⁷.

⁷⁵⁷ ESTEVE GARCÍA, F., Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios, cit., pág. 21, “Antes de alcanzar tales objetivos de armonización a nivel europeo, los Estados miembros deberían evitar el desmantelamiento de controles *ex ante* sin haber creado los pertinentes procedimientos y medidas para que los nuevos controles *ex post* resulten efectivos.”

1.2- La técnica de la autorización administrativa en la Directiva Servicios

Pero, ¿Qué ha de entenderse por autorización administrativa según lo previsto en la norma comunitaria? Puesto que lo que trato de analizar a aquí es la incidencia que la Directiva Servicios ha podido tener sobre las técnicas administrativas de intervención en nuestro ordenamiento, voy a considerar la definición que da la propia norma comunitaria establece en el considerando 39 y en el artículo 4.6: “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio”. Lo que caracteriza a las autorizaciones, entonces, es el control que lleva a cabo la Administración pública correspondiente con carácter previo al inicio de la actividad de servicios de que se trate⁷⁵⁸.

Y, ¿Cuál es el objetivo de la norma comunitaria? Pues muy simple: impedir que su utilización siga siendo generalizada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, salvo casos excepcionales que estén justificados por razones imperiosas de interés general, y sustituirlas por las “nuevas” técnicas de intervención administrativa. Así lo ha puesto de manifiesto unánimemente la doctrina en nuestro país⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ En palabras de FERNANDEZ TORRES, J. R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 89, “se entiende por autorización aquel acto administrativo que, de forma previa al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio por parte del particular, comprueba la conformidad de la misma a derecho y al interés público, y constituye su soporte legitimador”.

⁷⁵⁹ LINDE PANIAGUA, E. “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, cit., pág. 229, donde indica que “la liquidación del sistema autorizativo clásico que postula la Directiva de Servicios supone cambio en tres órdenes: en el orden normativo; en el orden administrativo; en los operadores jurídicos; MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva Servicios”, cit., pág. 299, “El elemento central de la ya famosa Directiva de 2006 consiste en un cambio esencial del régimen de autorizaciones administrativas; SANCHEZ ARMAS, T. J., “El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios ¿Hacia un nuevo Derecho administrativo?”, cit., pág. 410, “La principal conclusión que se desprende del artículo 9 de la Directiva es que la autorización administrativa como requisito de acceso a la prestación de servicios debe ser la excepción y no la regla, y aunque no impide someter a autorización administrativa previa el ejercicio de una actividad de servicios

Pero la sustitución general de las autorizaciones o controles previos por otros instrumentos de control posterior en los Estados miembros, que es lo que se ha realizado en nuestro país con una interpretación excesivamente ambiciosa de la Directiva, no puede hacerse a la ligera, sin medir adecuadamente las consecuencias. Dicha decisión tomada sin ponderar la repercusión que puede tener sobre los bienes jurídicos objeto de protección⁷⁶⁰ no es, desde luego, inicua. La Directiva es clara en este sentido: se pueden mantener regímenes de control previo siempre que se supere el denominado triple test (artículo 9.1 para los establecimientos, y artículo 16.1 para la prestación de servicios), es decir, que dicho control no sea discriminatorio, esté justificado por una razón imperiosa de interés general y sea proporcional, es decir, que un control posterior no sea adecuado y eficaz, puesto no conseguiría la debida protección del bien jurídico correspondiente.

Esto implica que, superando el test mencionado, el legislador estatal y el autonómico podrían mantener los regímenes de control previo que fueran necesarios. Pero para ello se ha de realizar una previa labor de análisis y ponderación de los intereses en juego⁷⁶¹. Habrá determinados ámbitos en los que será adecuado y deseable eliminar los controles previos, pero existirán otros en los que el riesgo de producir daños al interés general exija mantenerlos. La labor es ardua y prolija, pero necesaria,

como puede ser el comercio, el turismo, la industria, etc., viene a fijar taxativamente las condiciones que justifican las existencia de un régimen de autorizaciones”; VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: una perspectiva general”, cit., pág. 45, “La eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior hace que la Directiva de Servicios preste especial atención a los regímenes de autorización establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios, así como para el establecimiento de los prestadores. En este contexto, las previsiones de la Directiva Servicios alcanzan a los relativos a los procedimientos administrativos, no tanto con el objetivo de armonizar dichos procedimientos, cuanto de suprimir los regímenes de autorización...”; MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 251, “la autorización administrativa se considera un obstáculo para la libre prestación de servicios, y por eso la Directiva limita el mantenimiento de regímenes de autorización previa a la superación de un «triple test»: no ser discriminatorio, estar justificado por una razón imperiosa de interés general, y que su objetivo no pueda conseguirse con una medida menos restrictiva”.

⁷⁶⁰ Este concepto es similar, pero no idéntico, al de razón imperiosa de interés general. Los contenidos pueden variar.

⁷⁶¹ Ponderación que implica, necesariamente, que ninguno de los intereses que se están poniendo en confrontación es superior al otro. Si no, no se podría hablar de ponderación, sino de jerarquía.

incluso imprescindible, si se quiere realizar una adecuada transposición de la norma comunitaria⁷⁶². Sin embargo en nuestro país no se ha realizado, en mi opinión, de manera adecuada⁷⁶³.

Las pretensiones de la Directiva son legítimas y adecuadas a las necesidades actuales, pero hay que ejecutarlas con cuidado y precisión. No mediante leyes generales, no a través la técnica de las leyes ómnibus, sino mediante modificaciones sectoriales meditadas, sopesando los riesgos y decidiendo previa deliberación adecuada. Incluso dentro de cada sector concreto, pueden existir subsectores determinados que exijan un tratamiento diferente. Por ejemplo, en el ámbito turístico, que es el que se trata en este trabajo, no es lo mismo sustituir la autorización turística para un bar o restaurante “de barrio”⁷⁶⁴ que para aun hotel situado en el centro de la capital, o para la apertura de un establecimiento de turismo activo en el Pantano de “El Burguillo” (Ávila). En el primer caso, parece no solo adecuado, sino imprescindible, sustituir la autorización previa por controles posteriores (adecuadamente configurados); en los otros casos, sin embargo, no parece razonable eliminar los controles previos que aseguren una prestación de servicios de alojamiento con una alta calidad o la seguridad y salud de los consumidores y usuarios turísticos. A esta conclusión, que estimo acertada, solo puede llegarse mediante un análisis meditado de las circunstancias concurrentes. Y a ella a llegado la profesora Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ al señalar que “En este sentido, el actual modelo de declaración responsable [...] los efectos positivos se producirán siempre y cuando se

⁷⁶² En este sentido se pronuncia el profesor RIVERO YSERN, E., “La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, cit., pág. 158, al manifestar que “En mi opinión, el artículo 9.1.a) y b) de la Directiva no solo establece las condiciones que deben cumplirse para supeditar a una autorización el acceso a una actividad, sino que, y esto me parece fundamental cara al adecuado entendimiento del artículo 9.1.c, es obligatoria de autorización para el caso de que concurra alguna de las circunstancias del artículo 9.1.b), y basta con que concurra alguna”.

⁷⁶³ Sobre esta necesaria adecuación de los principios, véase ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, novena ed., Madrid, 2009, pág. 125, “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”

⁷⁶⁴ Según el profesor RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M^a., “El marco jurídico de la restauración”, en TUDELA ARANDA, J., (Coord.) *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 435, este tipo de establecimientos turísticos podrían, sin afectar a la calidad turística, estar exentos de la necesidad de solicitar la autorización turística con carácter previo al inicio de la actividad.

cumplan los requisitos de la legislación general turística y ello sea objeto de control administrativo antes de que el usuario use el servicio”⁷⁶⁵

No obstante lo anterior, también es importante poner de manifiesto desde este momento, que el éxito de los nuevos instrumentos de intervención administrativa que a continuación se analizarán⁷⁶⁶, depende, en gran medida, de que existan unos eficaces⁷⁶⁷ sistemas de control posterior. La sustitución de autorizaciones previas por los “nuevos” sistemas de intervención administrativa, sin que se arbitren unos eficaces controles posteriores es simple y llanamente, en palabras del profesor RIVERO ORTEGA, R., una desregulación⁷⁶⁸.

Además, cabe indicar que, según entiendo, la ejecución de la Directiva en nuestro país, no implica, *per se*, sustituir todas las autorizaciones y controles previos por comunicaciones previas con control posterior, sino solo aquellas que no cumplan en triple test (que sin duda serán muchas, pero no todas). La clave de bóveda del sistema para sustentar un régimen de control previo o autorización si se considera necesario, está en considerar el bien jurídico de interés general que se quiere preservar como una razón imperiosa de interés general cuya protección no sería eficaz mediante el establecimiento de un control posterior.

Por último, no se debe olvidar que la función preventiva que hasta este momento ha venido cumpliendo la autorización ha sido esencial. Y es que, el

⁷⁶⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “El valor de lo intangible y armonizado en la calidad turística europea”, cit., pág. 355.

⁷⁶⁶ Comunicación previa y declaración responsable.

⁷⁶⁷ En palabras de la Directiva Servicios, que el control posterior no se produzca demasiado tarde para ser realmente eficaz (artículo 9.1.c)).

⁷⁶⁸ RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85, “Y todo el título de la potestad sancionadora habría de ser revisado para preparar una respuesta eficaz frente a los posibles abusos que puedan ser favorecidos como consecuencia de la relajación de los controles administrativos *ex ante*, que necesariamente han de ser compensados mediante el reforzamiento de controles *ex post*, traducidos en inspecciones y sanciones. Si no se hace así, tendrán razón quienes dicen que estamos ante una operación “desreguladora”.

elemento preventivo resulta de vital importancia, “la esencia de la policía administrativa (indica el profesor Ricardo RIVERO ORTEGA) se encuentra en su elemento preventivo”⁷⁶⁹. Luego, si se eliminan sistemáticamente las autorizaciones como elemento de control de la actividad de los particulares, se estará renunciando a ese principio preventivo tan importante en nuestro Derecho administrativo.

Procedo a continuación a señalar como quedan configurados los regímenes de autorización u otros controles previos después de la aprobación y transposición de la Directiva Servicios en nuestro país, distinguiendo para ello los requisitos formales de los materiales que han de darse de forma conjunta.

1.3- Requisitos formales

Respecto de los requisitos de tipo formal, el único al que parecen referirse las normas de transposición (la Directiva no establece nada al respecto) es al del rango de la norma que contenga el correspondiente régimen de autorización. En este sentido, tal y como trataré de explicar en el epígrafe siguiente, hay reserva de Ley

1.3.1.- Reserva de Ley.

Sobre la necesidad de que el régimen de autorización previa venga recogido o no en una norma con rango de Ley, la cuestión no presenta en mi opinión demasiados problemas, como a continuación trataré de explicar, pues parece claro que la norma por la que se ha de recoger dicho régimen sí debe tener aquel rango, es decir, de Ley.

El primer argumento, y quizás el de más peso, se encuentra en la propia Ley 17/2009, de 22 de noviembre, artículo 5, pues expresamente indica que “la normativa

⁷⁶⁹ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, cit., pág. 60.

reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones⁷⁷⁰, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen”. En otras palabras, la norma que establezca el régimen de autorización previa debe recogerse en una norma con rango de Ley⁷⁷¹.

Por otro lado, no se debe olvidar que la libertad de empresa es un derecho reconocido en el artículo 38 de la CE (Título I, Capítulo II, Sección II, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”), para cuya regulación se exige rango de Ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la CE). Es decir, que si se quiere definir el contenido esencial del derecho y limitarlo, se ha de hacer, en cualquier caso, mediante una norma con rango de Ley⁷⁷².

⁷⁷⁰ Se está refiriendo, como es lógico, al triple test.

⁷⁷¹ A favor de dicha interpretación se puede citar a MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 259, cuando indica que “Por tanto, parece adecuado interpretar el término «ley» en un sentido formal, de modo que quedaría reservado a la Ley el establecimiento de un régimen autorizatorio, teniendo en cuenta su carácter excepcional, y debiéndolo motivar suficientemente”. En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Nacional de la Competencia en dos informes IPN 03/2008 e IPN 08/2009, sobre la Ley 17/2009, de 22 de noviembre y la Ley 25/2009, de 23 de diciembre respectivamente. En contra, sin embargo, se puede citar a TORRES COBAS, F., “Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales. El adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales”, *Revista Electrónica del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación*, núm. 4, 2009, que manifiesta, refiriéndose al todavía Proyecto de la que luego fue Ley 17/2009, de 22 de noviembre, que “En definitiva, en mi opinión el proyecto de Ley introduce de una forma un tanto gratuita la reserva de Ley para someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio que afecta muy negativamente a la autonomía local entendida como derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales para regular una parte importante de los asuntos públicos, puesto que si se dan las circunstancias excepcionales que la norma prevé de necesidad y proporcionalidad de la medida no parece lógico que los gobiernos locales no puedan someter a autorización previa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio aunque sí lo puedan hacer para la ciudadanía en general”. Hay que indicar que para salvaguardar la autonomía local, la Ley 25/2009, de 23 de diciembre, incluyó en su artículo 1 una reforma de la LRRL que incluía la posibilidad de que las entidades locales puedan someter a licencias u otros actos de control preventivo, las actividades de servicios cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Directiva Servicios y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

⁷⁷² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Iustel, Madrid, 2004, pág. 249, “En un régimen político de esta naturaleza (Estado Social y Democrático de Derecho) no hay, ni puede haber, un supuesto poder general de policía o capacidad indeterminada para limitar la libertad de los ciudadanos, sino un conjunto más o menos amplio de potestades singulares de intervención, conferidas en cada caso por la ley”

1.4.- Requisitos materiales.

En relación a los requisitos de tipo sustantivo, la Directiva Servicios y el resto de las normas de incorporación al ordenamiento son, en mi opinión, más estrictas. Así, se exige que los regímenes de autorización estén suficientemente motivados y que cumplan el denominado triple test. De este triple test cabe destacar el principio de necesidad que implica, como se verá, que la autorización previa deba estar justificada por una razón imperiosa de interés general, concepto que se convierte en esencial en todo el sistema instaurado por la norma comunitaria.

1.4.1- Necesaria motivación de los regímenes de autorización.

Los regímenes de autorización (o control previo), según indica la Directiva Servicios y las normas de transposición, deben estar suficientemente justificados y para ello se ha de comprobar si se cumple el denominado triple test, es decir, no deben ser discriminatorios, deben estar amparados en una razón imperiosa de interés general, y ser proporcionados. Si no superan este test, no se podrá mantener el régimen de autorización correspondiente y habrá que sustituirlo por una comunicación previa o una declaración responsable.

Visto lo anterior, si el régimen de autorización o control previo cumple los requisitos referidos, se podrá, por consiguiente, mantener o, en su caso, establecer por vez primera⁷⁷³. Pero habrá que respetar el principio de reserva de Ley y, además, motivar adecuadamente el mantenimiento o creación de ese régimen.

⁷⁷³ Esta precisión es, en mi opinión, importante pues no sólo se trata de analizar y evaluar los regímenes de autorización que ya existían cuando se aprueba el bloque normativo de la liberalización, sino también los que se pretenden establecer a partir de este momento. Es decir, que las Administraciones públicas pueden decidir establecer un régimen de autorización nuevo para proteger un bien de interés general que hasta ese momento no tenía una protección suficiente, respetando el principio de reserva de Ley y de adecuada motivación al que ahora me refiero. En definitiva, nada impide, sino todo lo contrario, establecer nuevos sistema de autorización y control previo cuando se cumplan los requisitos establecidos.

La motivación a la que se refiere la Directiva Servicios en su artículo 9.2, que a su vez remite al artículo 39.1, es una motivación *a posteriori*, es decir, una motivación que se lleva a cabo en un informe que todos los Estados miembros debían haber presentado a más tardar el 28 de diciembre de 2009⁷⁷⁴, donde se habrían de indicarse los regímenes de autorización que se mantienen así como la justificación de los mismos, lo que supone explicar por qué superan el denominado triple test. Este tipo de motivación implicaría que todas las normas afectadas por la Directiva tendrían que haber sido modificadas antes la fecha máxima de transposición, algo que, como ya se ha indicado, no ha ocurrido en nuestro país. En otros términos, en mi opinión, este informe no cumple los objetivos de una debida motivación y justificación de los regímenes de autorización, pues algunos países de la Unión Europea como España o Italia⁷⁷⁵ han sufrido retrasos en la transposición.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a la vista de que la Directiva no se refiere a ninguna otra forma de justificación de los referidos regímenes de autorización, entiendo que la debida motivación deberá quedar acreditada en el procedimiento de creación de la norma correspondiente (con rango de Ley) y quedar reflejado, por tanto, en la Exposición de Motivos⁷⁷⁶, no tanto en el contenido de la norma, que estimo no es el lugar adecuado para llevar a cabo la necesaria argumentación⁷⁷⁷. En los Proyectos de

⁷⁷⁴ Es decir, el último día de transposición de la Directiva Servicios según el propio artículo 44.1 de la norma.

⁷⁷⁵ TUBERTINI, C., “Competencias para la regulación de los servicios en un Estado plurinivel: El caso de Italia”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 371, donde se señala que la transposición de la Directiva Servicios en Italia se ha producido también con cierto retraso. En concreto con el Decreto Legislativo 59, de 26 de marzo de 2010.

⁷⁷⁶ Según DIEZ-PICAZO, L.M.^a, “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 45, 2, 1992, pág. 509, los términos “Exposición de Motivos y Preámbulo” no pueden ser utilizados como sinónimos. Así se expresa el profesor “Hoy en día [...], la exposición de motivos en sentido técnico jurídico es un documento que debe acompañar a todo acto de iniciativa legislativa, en tanto que el preámbulo es un texto explicativo que puede preceder al cuerpo dispositivo de la Ley”.

⁷⁷⁷ Y es que, el articulado de una norma, su parte dispositiva, debe ser redactado de forma prescriptiva, es decir, de manera que sea adecuada para imputar una consecuencia jurídica a una hecho determinado. No admite, por consiguiente, una redacción narrativa o descriptiva. En este sentido, DIEZ-PICAZO, L.M.^a.,

Ley que presenta el Gobierno, la motivación sobre la necesidad y oportunidad del régimen de autorización deberá realizarse en las correspondientes memorias, estudios e informes a los que se refiere el artículo 22.2 y 22.3, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno⁷⁷⁸, y que deberán acompañar al Anteproyecto de Ley antes de su aprobación en el Consejo de Ministros. Estos preceptos no hacen otra cosa que cumplir lo establecido en el artículo 88 de la CE que establece que “Los proyectos de Ley serán aprobados por el Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”. Por consiguiente, estimo que el lugar adecuado para llevar a cabo la debida justificación y motivación del régimen de autorización será la correspondiente Exposición de Motivos que acompañe a la Ley donde se contenga la regulación concreta de la autorización o control previo determinado. Y es que, según el profesor DIEZ-PICAZO, “las exposiciones de motivos han de ser auténticas memorias justificativas de la oportunidad política y la calidad técnico-jurídica del proyecto o la proposición, de modo que, siempre que alcancen este objetivo, su forma y extensión son irrelevantes. Lo inadmisibles, en todo caso, sería una exposición de motivos que no cumpliera esos requisitos elementales, limitándose a una mera observancia *pro forma* del imperativo constitucional y reglamentario⁷⁷⁹”.

Pero, en sentido contrario, igual que las Exposiciones de Motivos de la normas de transposición de la Directiva Servicios han de justificar el mantenimiento de los

“Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, cit. pág. 516.

⁷⁷⁸ 2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.

3. El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos.

⁷⁷⁹ DIEZ-PICAZO, L. M^a., “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, cit., pág. 505.

correspondientes regímenes de autorización, deberían, asimismo, explicar las razones por las que se eliminan los sistemas de control previo sin que queden afectados los correspondientes bienes jurídicos de interés general. En concreto, deberían justificar de manera adecuada por qué los controles *a posteriori* que se van a establecer en sustitución de las autorizaciones, no se realizarán demasiado tarde para ser eficaces, adecuados y suficientes para proteger los bienes jurídicos de interés general cuya protección está encomendada a las Administraciones públicas correspondientes⁷⁸⁰.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si las normas de transposición estatales y autonómicas cumplen adecuadamente con este requisito, a lo que cabe responder, en mi opinión, que no, puesto que se limitan, en todos los casos, a justificar la eliminación del régimen de autorización o control previo en el cumplimiento estricto de la Directiva Servicios, sin explicar o analizar si dichos regímenes eran discriminatorios, innecesarios o desproporcionados, en los términos exigidos por la norma comunitaria.

Cabe decir, por tanto, que las exposiciones de motivos de las normas de transposición de la Directiva, al menos las que se han sido analizadas para realizar este trabajo, no han contienen una justificación o motivación adecuada.

Cuestión distinta, pero no menos importante, es determinar si esa insuficiente motivación puede tener algún tipo de consecuencia jurídica o es irrelevante, constituyendo lo que se puede denominar una “irregularidad no invalidante”. En primer lugar, debo indicar que, con carácter general, la potestad legislativa ejercida por las Cortes Generales no requiere obligatoriamente ningún tipo de motivación, puesto que es teleológicamente libre⁷⁸¹, por lo que la ausencia de motivación resulta, en estos casos concretos, jurídicamente irrelevante. Sin embargo, en el caso de las normas de

⁷⁸⁰ Artículo 9.1.c) de la Directiva Servicios.

⁷⁸¹ DIEZ-PICAZO, L. M^a., “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, cit., pág. 527. “La ley es teleológicamente libre, no cabe ejercer un control causal sobre su validez y, en consecuencia, no tiene sentido configurar los preámbulos como motivación en sentido técnico-jurídico”.

transposición de una Directiva la cuestión cambia, pues dichas normas se dictan, precisamente, para la consecución de unos fines prefijados en la norma comunitaria correspondiente, de lo que se deriva que existe un poder superior que puede controlar dicha potestad legislativa (la Unión Europea), el cumplimiento de los objetivos y, por consiguiente, la motivación o justificación de una determinada decisión normativa⁷⁸². Así las cosas, según entiendo, el órgano competente de la Unión Europea, podrá controlar la motivación de las normas de transposición españolas, en el sentido de justificar, tanto los regímenes de autorización previa, como la eliminación de los mismos.

1.4.2.- El triple test.

Sobre este requisito de tipo material ya he tenido ocasión de referirme más arriba, por lo que ahora solo indicaré en qué consiste.

Viene recogido en la Directiva Servicios como un requisito imprescindible que deben superar los regímenes de autorización previa (o control posterior) que pretendan instaurarse por los Estados miembros para limitar tanto el derecho de los particulares para ejercer una actividad de servicios, como para ejercer su derecho de establecimiento⁷⁸³.

Este triple test consiste en que, aquellos Estados miembros que pretendan instaurar o mantener un régimen de autorización para el ejercicio de una actividad de

⁷⁸²DIEZ-PICAZO, L. M^a., “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, cit., pág. 527, “en la medida en que la potestad normativa de que se trate sea genuinamente discrecional –esto es, vinculada en cuanto al fin aunque libre en cuanto al medio y, por tanto, distinta de una potestad teleológicamente libre-, su ejercicio podrá ser sometido a control causal, de suerte que podrá gozar de motivación relevante jurídicamente”.

⁷⁸³ Así viene recogido, respectivamente, en los artículos 9.1 y 16.1 de la Directiva Servicios; en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

servicio, o para su establecimiento, deberán analizar con carácter previo si dicho régimen cumple los siguientes tres principios:

- Principio de no discriminación. Este principio, ya obvio en el Derecho comunitario, implica que ningún Estado miembro puede establecer un régimen de autorización o control previo discriminatorio para los nacionales de otro Estado miembro, es decir, que restrinja la entrada en el mercado de servicios a los nacionales de otros Estados miembros diferentes. Se quiere, precisamente, que no se falsee la competencia, que no se impongan condiciones más duras a nacionales de otros Estados. Este principio de no discriminación por sí solo en nada afecta a los regímenes de autorización previa, que podrían mantenerse siempre y cuando se aplicasen igual a los propios ciudadanos que a los nacionales de otros Estados. Pero, como ya he mencionado, esto no es lo que pretende la Directiva. Se quiere ir más allá, al añadir los otros dos principios a los que a continuación me voy a referir⁷⁸⁴.
- Principio de necesidad. Además de la ausencia de discriminación, para instaurar o mantener un régimen de control previo, este habrá de estar justificado en una razón imperiosa de interés general. Y ¿Qué es una razón imperiosa de interés general? Pues bien, sin perjuicio de que en el siguiente epígrafe me refiera de manera más exhaustiva a ello, cabe indicar que, de acuerdo con el considerando 40 de la Directiva Servicios⁷⁸⁵, se trata de un concepto desarrollado por el

⁷⁸⁴ Así lo manifiesta el profesor PAREJO ALFONSO, L., “La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legitima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo?”, cit., pág. 451, “Lo que se persigue con la instauración de las cuatro libertades fundamentales es impedir el tratamiento discriminatorio a los nacionales de cualquier Estado Miembro en el territorio de otro Estado Miembro. Sin embargo, la Directiva de servicios va mucho más allá al intentar limitar la capacidad de cada Estado Miembro de dictar medidas de ordenación de la economía”.

⁷⁸⁵ El considerando 40 de la Directiva establece que “El concepto de «razones imperiosas de interés general» al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e

Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. Es un concepto jurídico indeterminado⁷⁸⁶, es decir, un concepto abierto, en constante evolución, con lo que, por su propia naturaleza, no puede restringirse, sino que habrá de estarse en cada caso a las circunstancias concurrentes. Vano intento, por consiguiente, el de limitar su extensión, dado que, y esto es esencial, se trata de un concepto sometido a las reglas de la hermenéutica jurídica, para cada caso concreto. Se debe añadir, no obstante, que el concepto de razón imperiosa de interés general utilizado por la propia Directiva es diferente para la libre prestación de servicios que para la libertad de establecimiento⁷⁸⁷, algo que como ya he indicado, no tiene demasiado sentido si se trata de un concepto abierto y en evolución. Igualmente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ha pretendido limitar el concepto excluyendo algunas de las razones de interés general previstas en la propia Directiva.

- Principio de proporcionalidad⁷⁸⁸. Este principio no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁸⁹. Se trata de un Principio General⁷⁹⁰ y, por consiguiente,

industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.

⁷⁸⁶ No obstante, MERINO ESTRADA, V. y MARTÍN FERREIRA, P., en “La Transposición de la Directiva de Servicios y las Entidades Locales españolas”, en. RIVERO ORTEGA, R., (Dir.) *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva Servicios en España*, cit., pág. 305, señalan que el concepto de razón imperiosa de interés general “no es tan indeterminado como algunos alegan”. Igualmente en MERINO ESTRADA, V., *La Directiva de Servicios en clave municipal*, cit., pág. 92, donde señala que “el concepto de razón imperiosa de interés general no es tan indeterminado como algunos alegan. Es un concepto de Derecho comunitario bastante bien perfilado en sus límites por el Tribunal de Justicia”.

⁷⁸⁷ Si mientras para la libertad de establecimiento el artículo 9.1.c) de la Directiva no concreta las razones imperiosas de interés general a que se refiere, remitiéndose tácitamente al artículo 4.8 y al considerando 40 de la norma; Para la libre prestación de servicios, el artículo 16, las razones se pretenden limitar al orden público, seguridad pública, salud pública o de protección del medio ambiente, dejando al margen todos los demás.

⁷⁸⁸ Sobre el principio de proporcionalidad véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, cit., pág. 252, donde se manifiesta que el principio de proporcionalidad supone “una exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad que debe perseguir la técnica de ordenación que se establezca y el diseño concreto de las facultades que la integren; un principio que veta la atribución de poderes materialmente innecesarios para lo lograr los fines concretos que persigue la intervención que se impone”. Además se pone en relación con el principio *favor libertatis* o principio *pro libertatis* que implica que cuando la Administración pueda optar por varias medidas diferentes para conseguir su finalidad ordenadora, deberá optar por aquella que sea menos restrictiva para la libertad

forma parte de las fuentes del Derecho⁷⁹¹, lo que sería suficiente para que la Administración pública lo tuviera presente en sus actuaciones, pues está sometida no sólo a la Ley, sino a todo el ordenamiento jurídico⁷⁹². Pero, aparte de lo anterior, este principio fue elevado a rango normativo muy tempranamente mediante el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955⁷⁹³. Está también reconocido en la LRJPAC, artículo 96.2, en sede de ejecución forzosa de los actos administrativos (antes de la Directiva Servicios), y en el artículo 39.bis, incorporado mediante la Ley 29/2009, de 23 de diciembre. Lo que hace la Directiva Servicios y la normativa de transposición en España, no es más que adaptarlo a las nuevas técnicas de policía administrativa y dotarlo de un contenido concreto y definido: el régimen de autorización previa será legítimo cuando se entienda que la realización de controles previos no es suficiente para preservar eficazmente el bien de interés general de que se trate. Así es al menos para la libertad de establecimiento (artículo 9.1.c) de la Directiva), porque para la libre prestación de servicios se mantiene el concepto clásico, es decir, el régimen de control previo (requisitos previos) el requisito “deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo” (artículo 16.1.c).

individual. En realidad, ambos principios son el haz y el envés de la misma hoja, si se me permite la expresión, pues de lo que persiguen es reconocer a los particulares la mayor libertad posible.

⁷⁸⁹ De hecho, el profesor JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, cit. pág. 42, se refiere a él cuando indica, refiriéndose a la actividad administrativa con incidencia en los derechos de los particulares, que “La intervención ha de ser proporcionada o ajustada al motivo que la justifica, lo que determina una suave gradación de los medios empleados, que deben ser, en buena doctrina aquellos que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción”.

⁷⁹⁰ Para una visión general de los principios generales del Derecho y su valor en el Ordenamiento, BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, 1994.

⁷⁹¹ Artículo 1.4 del Código Civil, Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

⁷⁹² Artículo 103.1 de la CE, establece que La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

⁷⁹³ Artículo 6. 1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen. 2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la Libertad individual.

1.4.3.- Especial referencia al concepto de razón imperiosa de interés general.

Como ya he indicado, **este concepto se ha convertido en la clave de bóveda del nuevo sistema de intervención administrativa instaurado con la Directiva Servicios**⁷⁹⁴. En resumen, supone que no habrá régimen de autorización o control previo para el acceso a una actividad de servicios o su establecimiento que no esté justificado en una razón imperiosa de interés general, cumpliendo así el ya mencionado principio de necesidad.

Siendo esto así, es fácil comprender que lo que se entienda por razón imperiosa de interés general deviene esencial en este nuevo sistema de Derecho Administrativo. Habrá que concretar, en la medida de lo posible, que razones de interés general pueden ser consideradas imperiosas, es decir, que razones de interés general resultan adecuadas al Derecho de la Unión Europea para mantener los regímenes de autorización previa y, por tanto, limitar la liberalización del sector servicios. Y esto es así porque, en definitiva, y según entiendo, pese a que los Estados miembros disponen de un margen de libertad para definir lo que ellos entienden por razón imperiosa de interés general (se trata, como ya he indicado, de un concepto abierto, que puede seguir evolucionado⁷⁹⁵),

⁷⁹⁴ La profesora VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, cit. pág. 46, señala que “cuales sean las razones imperiosas de interés general se convierte en la clave de arco del modelo regulatorio que está contemplado en la Directiva de Servicios”. FERNANDEZ TORRES, J.R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 95, “. En definitiva, todo pivota en torno a la existencia de una justificación, de una razón poderosa en suma, para restringir legítimamente la libertad. Si realmente concurre una razón de semejantes características, la Directiva de servicios admite la restricción de la libertad por la vía de la utilización de la técnica autorizatoria, pero sólo en la medida imprescindible y dentro de los contornos precisos que impiden un ejercicio arbitrario de la facultad de apreciación de las autoridades competentes. Adquiere fuerza así la concepción clásica del derecho preexistente, en este caso la libertad de establecimiento y prestación de servicios, que la autorización sólo puede declarar tal como es caracterizada por la Directiva de servicios y la Ley 17/2009”; MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 260 “En virtud del principio de necesidad, cualquier régimen autorizatorio debe estar amparado en una «razón imperiosa de interés general», que se convierte en la clave de arco del modelo de regulación y en elemento esencial que permitirá valorar su alcance e impacto. La Directiva se limita a recoger y concretar la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo al respecto”, SALVADOR ALMENDARIZ, M^a. A., “Repercusiones de la transposición de la Directiva Servicios en la libertad de empresa”, cit., pág. 387, “La mayor novedad que llega desde la Directiva de Servicios en este caso, es el concepto de razón imperiosa de interés general”

⁷⁹⁵ Considerando 40 de la Directiva Servicios. Así lo ha manifestado JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit. pág. 50, La noción razón imperiosa de

la última palabra la tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁹⁶, pues, en definitiva, ha sido este quien ha ido elaborándolo a través de su jurisprudencia⁷⁹⁷.

Ante la intensa liberalización del sector servicios que ha impuesto la norma comunitaria, el concepto de razón imperiosa de interés general se convierte en una herramienta fundamental para la protección de determinados bienes jurídicos que podrían quedar sin amparo ante la ausencia de una adecuada intervención administrativa. Pese a ello, algunos autores han criticado la amplitud del concepto, refiriéndose al mismo de manera despectiva como “portillo de salvación” que “se ofrece a quienes se resisten a dejar de poner obstáculos y trabas a la libertad de establecimiento”⁷⁹⁸. No puedo estar de acuerdo con esta definición de razón imperiosa de interés general, pues estimo que no se trata, como se pretende, de “obstáculos y trabas”⁷⁹⁹, sino de un concepto que, repito, puede llegar a ser muy útil en determinadas circunstancias. Pero, lógicamente, todo dependerá del uso que de él se haga. No obstante, no se puede decir que el concepto, es decir, “razón imperiosa de interés general”, y el significado que le otorga la Directiva, sea, de por sí, malo.

interés general: “es, por tanto, una noción dinámica, lo que la transforma en difícilmente aprehensible y, en absoluto, puede considerarse como una noción idéntica a la que nuestra Constitución utiliza (intereses generales), aunque puedan existir en ocasiones evidentes puntos de contacto o solapamiento”.

⁷⁹⁷ Que sea un concepto elaborado jurisprudencialmente tiene su importancia, pues se entiende que se ha seguido un proceso inductivo para crear este concepto, es decir, se ha tenido en cuenta para su construcción las circunstancias observadas en los casos concretos, matices que, ahora, también habrán de ser observados. En el mismo sentido se pronuncia JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit. pág. 129, que defiende una aplicación caso por caso para saber con certeza cuándo podemos hablar de razón imperiosa de interés general para el Derecho comunitario”

⁷⁹⁸ MERINO ESTRADA, V. y MARTÍN FERREIRA, P., en “La Transposición de la Directiva de Servicios y las Entidades Locales españolas”, cit., pág. 305, refiriéndose a la lista de razones imperiosas de interés general indican que es “larga y agotadora lista de razones imperiosas de interés general que como portillo de salvación se ofrecen a quienes se resisten a dejar de poner obstáculos y trabas a la libertad de establecimiento”.

⁷⁹⁹ Es importante repetir aquí lo que manifiesta el profesor VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, cit., pág. 109, sobre la valoración negativa de las cargas administrativas como “una noción no solo reduccionista, sino también previa de una evidente carga valorativa negativa, ya que pone el foco en los costes de regulación y deja en la sombra sus beneficios”.

Como es lógico, la consideración de una razón imperiosa de interés general dependerá, en gran medida, de las circunstancias concretas del caso⁸⁰⁰. Ni en todos los supuestos las razones de interés general mencionadas en la Directiva tendrán dicha consideración, ni tampoco se impide que razones de interés general no mencionadas actúen como criterio justificador de un régimen de control previo. Por ejemplo, igual que la protección del medio ambiente como razón imperiosa de interés general no se ha considerado suficiente para justificar un régimen de autorización previa para determinados usos de las aguas continentales⁸⁰¹, puede haber intereses generales no incluidos en la lista de razones establecida en la Directiva Servicios que justifiquen los controles previos como, por ejemplo, y como trataré de explicar de manera más detallada en el epígrafe correspondiente, la calidad del turismo⁸⁰².

⁸⁰⁰ El profesor JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit. pág. 129, señala, muy atinadamente en mi opinión, que “Sin duda, este será uno de los elementos en que el debate jurídico (y jurisprudencial) focalice su punto de atención en un futuro inmediato. Para resolver los problemas con tino y sentido, y sobre todo si se quiere aplicar correctamente el derecho comunitario, no cabe otra vía que analizar en cada caso cuando realmente nos encontramos ante una razón imperiosa de interés general de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, lo que nos obliga de inmediato a contrastar esa invocación con el alcance que en cada caso (analítico casuístico) se ha llevado a cabo por la jurisprudencia comunitaria de tal o tales razones imperiosas de interés general, así como motivar suficientemente la opción. En la misma línea se pronuncia MUÑOZ MACHADO, S., en “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, cit. pág. 306 al indicar que “La jurisprudencia a la que aludo ha surgido, como todas las jurisprudencias con ocasión de resolver casos o conflictos concretos [...] Este origen jurisprudencial de la norma hace difícil el establecimiento en ella de soluciones generales. En qué consiste, por ejemplo una razón imperiosa de interés general cuando un procedimiento es verdaderamente objetivo y proporcionado depende del análisis de las circunstancias del caso”. Igualmente, SALVADOR ALMENDARIZ, M^a. A., “Repercusiones de la transposición de la Directiva Servicios en la libertad de empresa”, cit., pág. 381, “Las reflexiones doctrinales, de gran calado muchas de ellas, se encuentra con el privilegio del muro del principio de proporcionalidad, que por su propia naturaleza de nuevo exige respuestas caso por caso. Solo para cada supuesto concreto puede alcanzarse la verdadera ponderación de intereses en juego”

⁸⁰¹ Artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, donde se sustituye el régimen de autorización por el de declaración responsable, al estimarse el nuevo sistema como suficiente y eficaz para la protección de la calidad de las aguas, ante usos de particulares tales como la navegación y flotación o el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos.

⁸⁰² En este sentido, la profesora NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, cit. pág. 114, piensa que la “participación ciudadana” puede ser considerada, igual que la calidad turística, una razón imperiosa de interés general que justifique un régimen de autorización o control previo, pese a que no viene expresamente señalado como tal ni en la Directiva ni en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Así lo manifiesta: “Conviene matizar a estos efectos el sentido del concepto de razón imperiosa de interés general como presupuesto al mantenimiento de los regímenes de autorización previa, de este modo, la deseable participación ciudadana en un caso concreto puede ser la razón imperiosa de interés general que justifique un régimen de autorización, ante la evidencia de que un sistema de control posterior no la garantiza en la amplitud en que resulta operativa”.

No debemos olvidar que se trata, esencialmente, tal y como prevé la propia Directiva, de un **concepto en continua evolución y de elaboración jurisprudencial, es decir, para el que las circunstancias del caso concreto resultan imprescindibles, pese a que posteriormente se abstraigan conceptos más genéricos, para plasmarlos en normas jurídicas, mediante un adecuado razonamiento inductivo.** Pero estimo que en nuestro país dicho análisis detallado, exhaustivo y sistemático no se ha realizado, sino que para cumplir los objetivos que marca la Directiva se ha procedido a realizar una transposición automática, cambiando los regímenes de control previo y sustituyéndolos por los de control posterior sin más reflexión sobre la posible existencia de razones imperiosas de interés general.

Son precisamente estas circunstancias del concepto de razón imperiosa de interés general, su continua evolución, su carácter abierto y su dinamismo, las que restan importancia al hecho de que en la transposición de la Directiva en nuestro país se haya pretendido restringir o limitar dicho concepto⁸⁰³. Algunos autores han puesto de manifiesto este recorte en la interpretación del concepto de razón imperiosa de interés general⁸⁰⁴ criticando dicha intención que podría englobarse dentro de lo que se ha venido

⁸⁰³ Si mientras la Directiva Servicios califica el concepto de razón imperiosa de intereses general como en constante evolución (considerando 40 y artículo 4.8), la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, artículo 3.11, define razón imperiosa de interés general como “razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”

⁸⁰⁴ RIVERO YSERN, E., “Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas. Reflexiones sobre la actividad de intervención en la Directiva 2006/123/CE”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011, págs.143-148, pág. 145, “No estoy de acuerdo con el artículo 3, definiciones, apartado 11, de la Ley 17/2009, ya que este criterio *numerus apertus* de la razón imperiosa de interés general lo convierte en *numerus clausus* poniendo en boca de la jurisprudencia del TJCEE una limitación de estas razones”; también se pronuncia en este mismo sentido, MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 260, “La Directiva se limita a recoger y concretar la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo al respecto. Como ya he explicado, existe en este punto una contradicción entre la Directiva Servicios (art. 4.8) y la Ley Paraguas (art. 3.11), pues ésta adopta una posición rígida al incluir una lista cerrada de razones de interés general, que contrasta con el carácter de mínimos con que las define la Directiva Servicios. Y así, mientras la Directiva apunta hacia un listado abierto de razones imperiosas de interés general, modulable por la jurisprudencia comunitaria, el legislador español las limita a las expresamente incluidas en el artículo 3.11 de la Ley paraguas En la misma línea, pero refiriéndose a las razones incluidas en la propia Directiva Servicios, NOGUEIRA LOPEZ, A., ¿Reactivación económica o pretexto desregulador?

denominando “enfoque ambicioso” en la transposición. Comparto estas críticas y estimo que es un error interpretar este término de forma restringida, ya que lo adecuado sería establecer en la norma de transposición todas y cada una de las razones fijadas en la Directiva. Pero, dicho esto, debo aclarar igualmente que, al margen de lo que pretenda España (o cualquier otro Estado miembro) con su enfoque ambicioso, intentando limitar el contenido del concepto, este, “razón imperiosa de interés general”, es un término que pertenece al Derecho de la Unión Europea, por lo que el órgano competente para interpretarlo en última instancia es el Tribunal de Justicia.

Esto que acabo de explicar no es baladí. Y es que, repito, estamos ante un concepto abierto, un *numerus apertus*. ¿Qué ocurre si el Estado, en su transposición de la Directiva Servicios mediante una Ley básica intenta restringir el concepto de razón imperiosa de interés general?

En primer lugar, se debe indicar que pese a que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, tiene carácter básico, las comunidades autónomas no se verían afectadas por dicha restricción a la hora de llevar a cabo la incorporación a su ordenamiento. Sobre todo, en aquellas materias sobre las que tienen competencia exclusiva, como es el caso del sector específico que en este trabajo me ocupa: el turismo. Así, en mi opinión, las comunidades autónomas podrán, sin inconveniente, considerar como razones imperiosas de interés general algunas de las que no vengán reconocidas como tales en la norma estatal de transposición⁸⁰⁵. Pero incluso, yendo más allá, en uso de su autonomía

Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, cit. pág. 31, Además la directiva opera un recorte a las razones imperiosas de interés general que se habían ido construyendo jurisprudencialmente y se consideraban compatibles con el Tratado en relación con la libre prestación de servicios. Se opera una diferenciación en el régimen jurídico de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios pudiendo someterse la primera a un “*numerus apertus*” de excepciones pero dejando, en lo que DE WITTE denomina un “limbo legal”, la mayoría de razones imperiosas de interés general de construcción jurisprudencial (citadas en el considerando 40 de la Directiva) en relación con la libre prestación de servicios”.

⁸⁰⁵ Ya he tenido ocasión de indicar que, en el Derecho español, son las comunidades autónomas las encargadas de llevar a cabo la transposición de las normas comunitarias en aquellas materias sobre las que tengan competencias exclusivas, como el turismo. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en varias sentencias, como por ejemplo en la núm. 252/1988, de 20 de diciembre, en cuyo Fundamento Jurídico segundo manifiesta que: “Lo único que las Directivas imponen en este punto es, en suma, que la Administración Central sea el interlocutor único de la CEE en lo que toca al efectivo cumplimiento de las determinaciones comunitarias, pero ésta es una exigencia que, como bien se comprende, podría ser

para transponer la Directiva en su ordenamiento jurídico, no hay óbice para que se pudiera establecer una razón imperiosa de interés general que, sin venir expresamente reconocida en la Directiva, fuese considerada como tal por la región concreta de que se trate. Todo ello sin perjuicio de que, con posterioridad, pudiera ser convalidada o no por el Tribunal de Justicia de la Unión.

Por otro lado, como ya me mencionado más arriba frente a esa restricción del concepto de razón imperiosa de interés general, y en aplicación del **“efecto directo de exclusión” de las Directivas comunitarias**⁸⁰⁶, **los particulares afectados (piénsese, sobre todo, en los consumidores y usuarios, amén de otros particulares como empresas afectadas por la liberalización, etcétera) podrían exigir una aplicación directa de la Directiva, que supone una mayor garantía al tener un concepto más amplio de razón imperiosa de interés general.**

2.- Comunicación previa y declaración responsable

Pese a que las he calificado como nuevas⁸⁰⁷ técnicas de policía administrativa, se puede decir que, en realidad, lo realmente nuevo es la configuración que de estos

satisfecha a través de fórmulas y expedientes diversos, y no sólo, frente a lo que da a entender el Abogado del Estado, mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado de las intervenciones dichas. Se pueden citar, además, varias sentencias en el mismo sentido como la 33/2005, de 17 de febrero, la 152/2003, de 17 de julio, o la 96/2002, de 23 de abril, entre otras.

⁸⁰⁶ Así lo manifiesta, como ya he indicado en una nota anterior (núm. 175), MARTINEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión, en Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario”, cit. pág. 675, que define el efecto directo de exclusión como “aquel supuesto en el que las directivas comunitarias se invocan por los particulares para argumentar que los Estados, en la transposición o en la aplicación, han rebasado el margen de apreciación que aquellas les dejaban y pretender la inaplicación de la normativa o de la medida interna resultante, que sería así ultra vires”.

⁸⁰⁷ Ya se ha indicado (nota 328), que estas técnicas existían antes de la aprobación de la Directiva Servicios, por lo que no se pueden calificar de nuevas. Así lo manifiestan RODRIGUEZ FONT, M., “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 82, en realidad “No son técnicas nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, pues hay antecedentes anteriores a la Directiva 2006: Ley de Industria de 1992, Ley General de Subvenciones de 2003 y Ley de Contratos del Sector Público 2007”. En el mismo sentido se pronuncia FERNANDEZ TORRES, J.R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 96, “Es notorio que las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, (que) no son en absoluto ajenas al ámbito del Derecho Administrativo”. También se puede citar a MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y

instrumentos ha realizado la Directiva Servicios, convirtiéndolos en la regla general frente a la autorización administrativa, que pasa a ser una técnica excepcional.

En cualquier caso, se ha de poner de manifiesto inmediatamente que, aunque muchas normas se refieran a ellas como instrumentos idénticos, sin realizar ningún tipo de distinción⁸⁰⁸, presentan, en realidad, importantes diferencias⁸⁰⁹. De hecho, se podría incluso decir que el único elemento en común que tienen es que se trata de instrumentos de intervención administrativa⁸¹⁰ que no suponen un control previo, sino *a posteriori*⁸¹¹.

sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 267, “Constituyen una novedad relativa, porque ya existían en nuestro ordenamiento jurídico antes de la Directiva de Servicios”

⁸⁰⁸ Así, por ejemplo, el artículo 4.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, establece que: “se requerirá una comunicación o una declaración responsable del interesado, mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

⁸⁰⁹ Lo que demuestra, según el profesor RIVERO ORTEGA, R., *La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?*, cit., pág. 138, “de forma nítida la insuficiente reflexión sobre cada una de las categorías”. Sin embargo, determinados autores piensan, al contrario, que se trata de figuras sustancialmente iguales, como NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, cit., pág. 113, donde indica que “son figuras sustancialmente iguales si atendemos a su funcionalidad y efectos”.

⁸¹⁰ Algún autor pone en duda, incluso, como se verá, que se traten de técnicas de intervención, calificándolas como meras técnicas informativas. Así, RODRIGUEZ FONT, M., “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, cit. pág. 87, “Resulta por lo menos discutible que este tipo de comunicación previa (de efecto inmediato) pueda considerarse en sentido estricto, un medio de intervención. Lo es en sentido abstracto, desde el punto de vista de la sumisión, por parte de la entidad competente, de una actividad a dicho instrumento; pero no porque el mismo garantice una fiscalización real por parte del aparato público [...] la declaración responsable ofrece menos dudas: desde nuestro punto de vista no se trata de una forma de intervención”. En el mismo sentido cabe destacar LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, cit., pág. 35, “estas técnicas no se configuran como medios de control previo del ejercicio de la actividad, sino, más bien informativas”

⁸¹¹ Señala MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 268, que “La genuina nota común de las técnicas neopoliciales se descubre contrastándolas con los regímenes autorizatorios clásicos. Y aquí, la diferencia esencial radica en que la autorización exige una resolución, expresa o tácita, de la Administración competente con carácter previo al inicio de la actividad de servicios, mientras que en la comunicación previa o en la declaración responsable no hay resolución administrativa ni, por tanto, obligación de resolver. En efecto, ni la comunicación ni la declaración exigen un acto administrativo para poder dar comienzo a la actividad”

2.1- Consideraciones generales

El régimen jurídico de estos instrumentos de control viene recogido, como no podía ser de otra forma, en la LRJPAC. Considero que la elección de esta norma para contener estas técnicas administrativas es adecuada, ya que, al tener carácter básico y regular el procedimiento administrativo común, se podrá aplicar de forma supletoria a todos aquellos supuestos en que no se hayan regulado específicamente dichos instrumentos⁸¹².

Las técnicas a las que a continuación me voy a referir, vienen a cambiar la configuración del control de las Administraciones públicas sobre la actividad de los particulares⁸¹³. Si antes la Administración realizaba controles previos, anteriores al comienzo de la actividad de servicios respectiva, ahora los controles han de ser posteriores, es decir, la presentación de la comunicación o declaración responsable habilita al particular para comenzar a prestar el servicio y a establecerse, sin más requisitos.

Será posteriormente la Administración la que deba controlar que los particulares cumplen realmente los requisitos manifestados y están a salvo los intereses generales en juego. El profesor de la Universidad de Barcelona José ESTEVE PARDO, ha procedido a resumir, de forma certera, las consecuencias de la instauración de este sistema de control previo en nuestro ordenamiento jurídico. Por su claridad y precisión, procedo a

⁸¹² El profesor RIVERO ORTEGA, R., *Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus*, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 336, manifiesta una opinión similar al indicar que “Lo ideal hubiera sido proyectar muchas de las reformas requeridas, con un enfoque general en la Ley de Procedimiento Administrativo.

⁸¹³ MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit. págs. 268-269, La genuina nota común de las técnicas neopoliciales se descubre contrastándolas con los regímenes autorizatorios clásicos. Y aquí, la diferencia esencial radica en que la autorización exige una resolución, expresa o tácita, de la Administración competente con carácter previo al inicio de la actividad de servicios, mientras que en la comunicación previa o en la declaración responsable no hay resolución administrativa ni, por tanto, obligación de resolver. En efecto, ni la comunicación ni la declaración exigen un acto administrativo para poder dar comienzo a la actividad”;

su transcripción: “Del escueto régimen jurídico de la comunicación pueden desprenderse tres notas bien características de esta fórmula, extensibles también a la declaración responsable”:

1.- El protagonismo recae exclusivamente sobre el particular comunicante o declarante y aquí radica la diferencia más sustantiva con respecto a la autorización. Por parte de la Administración no hay, ni ha de esperarse intervención alguna. Debe destacarse que con esta fórmula no solo se suprimen barreas administrativas a la actividad económica; también se libera a la Administración de la gravosa carga y responsabilidad que, para ella y sus efectivos, suponía tramitar y resolver las autorizaciones a las que estaba sujeta un número ingente de actividades de particulares, muchas de ellas de muy escasa significación.

2.- La Administración no ha de tener, pues, presencia o intervención activa alguna en el sencillo expediente de la comunicación, limitándose a la posición de receptora, sin que tampoco se le exija ningún trámite especial de ordenación interna o archivo de esa comunicación... La actuación y total protagonismo está del lado de lado del comunicante o declarante.

3.- El comunicante o declarante, ante la ausencia de pronunciamiento administrativo alguno, habrá de cuidarse por sí mismo de la adecuación de la actividad que inicia al marco legal existente y será del todo responsable de su actividad, una responsabilidad que no podrá trasladar a la Administración y ni siquiera compartir con ella.

Cuestión diferente es si la regulación que se ha realizado es correcta, es decir, si el régimen jurídico es suficiente para garantizar unos niveles mínimos de protección de

los intereses generales en juego. A ello nos referiremos unos epígrafes más abajo, aunque dejo apuntados ahora algunos problemas fundamentales.”⁸¹⁴

Uno de los problemas esenciales que plantean estas nuevas técnicas administrativas es, concretamente, que no hay regulado un procedimiento administrativo⁸¹⁵ a través del cual la comunicación previa y la declaración responsable hayan de tramitarse. El precepto que contiene su régimen jurídico general, el artículo 71.bis de la LRJPAC, nada dice en cuanto al procedimiento administrativo que haya de seguirse. Ni siquiera especifica que haya de dictarse una resolución administrativa (un acto administrativo) que haya de servir de base para la actuación que los particulares vayan a ejercer⁸¹⁶. Todo ello puede afectar de manera importante a la seguridad jurídica, pues sin procedimiento administrativo, sin acto que sirva de soporte jurídico adecuado a la actuación de los particulares, se estará consiguiendo un efecto jurídico contrario al deseado con la Directiva Servicios, es decir, una mayor libertad de actuación de la Administración pública que no se tendrá que ajustar a los moldes jurídicos establecidos para el procedimiento y los actos administrativos, en otras palabras, un mayor riesgo de incurrir en arbitrariedad⁸¹⁷.

⁸¹⁴ ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, cit., pág. 35

⁸¹⁵ Como es sobradamente conocido, el procedimiento administrativo como institución jurídica actúa en una doble finalidad: la eficacia de la actuación administrativa para la salvaguarda de los intereses generales; y, por otro lado, la garantía de los derechos de los ciudadanos. Así ha sido puesto de manifiesto, de forma magistral, por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 453.

⁸¹⁶ Señala el profesor BOCANEGRA SIERRA, R., *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 19, que “la afirmación de que una determinada actuación administrativa constituye un acto administrativo implica, inexcusablemente la aplicación de unos criterios primarios y seguros en relación con el procedimiento de su formación, con su validez y con su eficacia o su revisión de manera que permitan conocer con exactitud cuáles son las reglas del juego”.

⁸¹⁷ La profesora NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit., pág. 107, se refiere a esta circunstancia poniendo de manifiesto que “En otro orden de cosas la mutación de técnicas ajustadas a ese principio de proporcionalidad, necesidad y no-discriminación, debe estar regida, en último término, por un criterio de conservación de aquellos elementos que constituyen un núcleo intangible del procedimiento porque en ellos residen las garantías de legalidad, objetividad y respeto de los derechos de los ciudadanos”.

Por consiguiente, si bien es cierto que estas nuevas técnicas de policía administrativa pueden facilitar el acceso al mercado de promotores de actividades de servicios, reduciendo los costes de establecimiento y el tiempo de espera hasta que puedan ejercer la actividad, no es menos cierto que se hace a costa de la seguridad jurídica. En este sentido, el profesor BOCANEGRA SIERRA, R., lo expresa de una manera tan clara que merece la pena insertar literalmente: “La presencia de un acto administrativo, con su exclusiva eficacia jurídica, que se convierte en firmeza una vez agotados los plazos de recurso, constituye ciertamente una ventaja para el particular favorecido por su contenido (por ejemplo el titular de una licencia), ventaja que puede perderse cuando, por ejemplo, se liberaliza una actividad eliminándose el requisito de la obtención de una autorización administrativa previa, siendo la pérdida superior en muchos casos a la ganancia inmediata obtenida por no tener que esperar a la autorización. Al no contar con el respaldo de un acto administrativo, el ciudadano se encuentra expuesto a que la administración adopte, en cualquier momento y por iniciativa propia, o como consecuencia de una denuncia, medidas contra su actividad si la considera ilegal”⁸¹⁸.

Queda claro, por tanto, que la liberalización del sector servicios no se hace a coste cero, no solo conlleva ventajas, sino también ciertos inconvenientes, como la merma de la seguridad jurídica. Con esto no quiero decir que la liberalización de ciertos sectores no sea necesaria y adecuada, puesto que existen determinados ámbitos sobre los que, tradicionalmente, ha pesado una intensa intervención administrativa hoy carente de sentido. Estas nuevas técnicas de intervención administrativa pueden suponer una bocanada de aire fresco para determinadas actividades de servicios que hasta la aprobación de la Directiva mantenían por inercia, más que por necesidad, rancios sistemas de autorización previa (estoy pensando, sobre todo, en determinados establecimientos turísticos, como bares y restaurantes “de barrio”, y algunos comercios de venta al por menor que soportaban una fuerte intervención).

⁸¹⁸ profesor BOCANEGRA SIERRA, R., *La teoría del acto administrativo*, cit., pág. 25. Añade además en la nota a pie de página núm. 20, que “Si ha sido autorizada previamente, la Administración no puede, sin embargo, adoptar esas medidas (salvo que revise previamente el acto dictado, lo que no resulta nada fácil y, en caso de recurso de un tercero, se convertirá ella misma en demandada y tendrá que defender su resolución”.

Sin embargo, también es necesario poner de manifiesto que no vale una sustitución generalizada de los controles previos por los controles posteriores (comunicación y declaración responsable) en todo el sector servicios, ni en todos los subsectores (ni aún en ámbitos sectoriales todavía más específicos). Cada uno de ellos merece una decisión meditada y motivada previa ponderación de todos los intereses en juego y la evaluación de la existencia de posibles razones imperiosas de interés general⁸¹⁹, algo que, según pienso, no se ha hecho de forma adecuada en nuestro país. Valga como ejemplo el sector turístico, que analizaré detalladamente en el siguiente capítulo⁸²⁰.

En este sentido, sí se puede entender que se ha producido cierta desregulación del sistema de policía administrativa. Y es que, las técnicas administrativas que se han convertido en las principales protagonistas de la intervención, comunicación previa y declaración responsable, no están adecuadamente reguladas⁸²¹, pues dejan muchos

⁸¹⁹ En este sentido merece la pena recordar aquí como los profesores MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, cit. pág. 306; y JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, cit. pág. 129, nos recuerdan que para la elaboración del concepto jurisprudencial de razón de imperiosa de interés general se han tenido en cuenta los matices propios de los casos concretos analizados por el Tribunal de Justicia, perspectiva que, en mi opinión, no habría que perder de vista, pese a la generalización necesaria que conlleva la regulación del concepto en una norma jurídica.

⁸²⁰ En este sentido, y sin perjuicio de lo que se diga más adelante, se puede hacer referencia a lo que manifiesta el profesor PEREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La Directiva de Servicios y Turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de los servicios turísticos y su contribución al incremento de la calidad turística”, cit., pág. 289, “la incorporación de la comunicación previa y la declaración responsable como instrumentos de intervención en el sector turístico no están resultando todo lo ordenado, claro y coherente que sería necesario”.

⁸²¹ Para solucionar estos problemas la profesora LOZANO CUTANDA, B., *Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)*, cit., págs. 11 y 12, plantea una serie de soluciones que podrían ser tenidos en cuenta por el legislador para mejorar el sistema: “Para reducir esta situación de inseguridad jurídica podríamos pensar en dos órdenes de soluciones: 1) En el plano normativo, una regulación más exhaustiva y sistemática (es bien conocido el “desordenamiento” normativo que padecemos), que permita a los operadores de los distintos sectores conocer y comprobar los requisitos que son aplicables a su actividad; 2) En el plano de las propuestas de *lege ferenda*, la introducción de un plazo de caducidad a partir del cual la Administración ya no puede ordenar el cese del derecho o actividad sino siguiendo el procedimiento de revisión de oficio previsto en los artículos 102 y ss. de la Ley 30/1992; 3) Posibilidad de solicitar consultas previas vinculantes, ya sea a la Administración o a entidades certificadoras acreditadas sobre el cumplimiento de los requisitos”

aspectos sin configurar⁸²² (por ejemplo, la necesidad de llevar a cabo un control posterior, los plazos para ejercerlo, las consecuencias jurídicas de la omisión de datos o su falsedad, etcétera). Aspectos, por otro lado, esenciales, y sin los cuales el sistema puede resultar ineficaz e, incluso, peligroso⁸²³.

2.2- La comunicación previa⁸²⁴

La comunicación previa, como técnica de intervención administrativa⁸²⁵, está regulada en el artículo 71.bis.2 que literalmente establece: “A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados

⁸²² El profesor RIVERO ORTEGA, refiriéndose a la necesaria configuración jurídica de los controles *ex post*, habla de que “Si no se hace así, tendrán razón quienes dicen que estamos ante una operación “desreguladora”.

⁸²³ Peligro que afecta, sobre todo, a los destinatarios finales de los servicios (bien sean consumidores y usuarios, bien sean empresarios o profesionales). Este peligro se refiere a los derechos económicos, o lo que es peor, la seguridad y salud de las personas. No olvidemos que pueden ofertarse servicios que pueden entrañar un alto riesgo para las personas. Pensemos, sin ir más lejos en servicios de Turismo activo. Así lo manifiesta, también, LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, cit., pág. 14, “Los intereses públicos de la defensa de consumidores y usuarios puede verse, asimismo, afectados si no existe control suficiente que contrapesa la eliminación de controles previos. [...] los instrumentos voluntarios y el compromiso que asume el operador al realizar la comunicación previa o la declaración responsable, no parece que puedan resultar suficientes para garantizar de forma efectiva los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios teniendo en cuenta que no vivimos en una cultura anglosajona, que repudia absolutamente la mentira y que la ley no contempla un incremento o refuerzo de los mecanismos de inspección y control para cometer con eficacia el presunto control a posteriori de las actividades.

⁸²⁴ Esa comunicación previa a la que me refiero aquí, que es la que promueve la Directiva Servicios, no es de las denominadas “sometidas a veto”, “con reserva de oposición” o “diferida”, que implican una actividad administrativa posterior confirmatoria para poder comenzar la actividad de que se trate. En este sentido, RODRIGUEZ FONT, M, “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 85, “La versión de comunicación previa por la que ha optado el legislador en la normativa de transposición no es la que acabamos de exponer y que viene conociéndose como comunicación previa sometida a veto, con reserva de oposición o de efecto diferido. En nuestro país se ha optado por la comunicación de efecto inmediato; caracterizada por suprimir cualquier espacio de tiempo entre la presentación de la misma y el inicio de la actividad de servicios de que se trate”.

⁸²⁵ Que sea una técnica de intervención administrativa ha sido puesto en duda por RODRIGUEZ FONT, M, “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 87, “Resulta por lo menos discutible que este tipo de comunicación previa (de efecto inmediato) pueda considerarse en sentido estricto, un medio de intervención. Lo es en sentido abstracto, desde el punto de vista de la sumisión, por parte de la entidad competente, de una actividad a dicho instrumento; pero no porque el mismo garantice una fiscalización real por parte del aparato público”.

ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”. Por otro lado, el apartado 3 del mismo artículo señala, refiriéndose conjuntamente a las comunicaciones previas y declaraciones responsables, que “Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”.

Se trata, por consiguiente, de que los interesados en realizar una determinada actividad, presenten este documento manifestando sus datos personales y el cumplimiento de los requisitos normativos correspondientes y, una vez presentado (lo que se puede acreditar mediante la copia sellada por el registro respectivo), se encuentran habilitados para comenzar a ejercer la actividad de que se trate, sin más trámite.

Pero esta regulación plantea importantes problemas⁸²⁶ a los que, pese a que van a ser analizados más abajo de manera concreta, no puedo dejar de referirme en este momento.

La primera cuestión que se debe mencionar es que, **para poner en marcha de forma adecuada estas técnicas, sería necesario, con carácter previo, regular de forma clara y concisa los requisitos que los promotores de las actividades de**

⁸²⁶ Así, MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 267, “los nuevos artículos 71bis de la LRJAP y 84 de la LRBR que regulan estas técnicas con carácter general, han introducido elementos de confusión y, a veces, patentes contradicciones con el régimen hasta ahora vigente de la comunicación previa y la declaración responsable”.

servicios deben cumplir para prestar el correspondiente servicio⁸²⁷. No puede ser de otra forma. Hay que tener en cuenta que estas técnicas de control posterior se basan fundamentalmente en la confianza de la Administración en el interesado⁸²⁸, es decir, una especie de autocontrol o autorregulación de los propios particulares al inicio de la actividad⁸²⁹. Por ello, estos deben tener claro, meridianamente, los requisitos que han de cumplir para comenzar a prestar esos servicios de forma segura para los intereses generales que sean necesarios proteger. Es decir, debe existir previamente una adecuada reglamentación u ordenación de la actividad correspondiente, con los requisitos que se han de cumplir⁸³⁰, la forma de acreditar el cumplimiento, procedimiento para la realización del control *a posteriori*, etcétera. Y esto lo debe hacer el Gobierno

⁸²⁷ El profesor LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a servicios en el mercado interior”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, cit., pág., 229, respecto a la necesidad de regulación previa y adecuada manifiesta que “Para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles legales y reglamentarios, regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso al ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y exhaustividad. De la misma manera que un sistema de controles posteriores exige un régimen sancionador más intenso”

⁸²⁸ Algún autor ha llegado a decir que estamos ante una inversión en la dirección del principio de confianza legítima. Si antes eran los particulares quienes se lo exigían a la Administración, ahora es la Administración quien puede exigirlo a los particulares. Así lo pone de manifiesto NEVADO BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, en la obra colectiva *Mercado europeo de reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 177, “La Directiva 2006/123/CE, hace una clara apuesta por el principio de confianza legítima en una doble dirección, tanto desde la posición del ciudadano (prestador/destinatario) hacia la Administración, como de la propia Administración hacia aquel que, inicialmente, avala y asume una responsabilidad propia en el cumplimiento de las exigencias iniciales necesarias para la puesta en marcha y desarrollo de la actividad de servicio de que se trate. Y en este sentido es donde reside el principal cambio, la auténtica evolución, ya que, mientras en el caso de la confianza legítima del ciudadano en el proceder o comportamiento de la Administración sí había sido tratada y desarrollada como uno de los fundamentos o principios más espiritualistas de un Derecho como el Administrativo [...] la confianza de la Administración en el ciudadano hasta el punto de que este puede llegar a sustituir la principal labor de control de las autoridades respecto de la puesta en marcha de una actividad, no lo ha sido tanto”.

⁸²⁹ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a servicios en el mercado interior”, cit., pág. 231, señala que “el nuevo sistema exigirá que los operadores jurídicos verifiquen, por sí mismos, si con arreglo a las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia cumplen o no los requisitos exigidos para el comienzo de actividad. Así, los operadores estarán desprovistos de un título administrativo que hasta la fecha ha hecho las veces de salvoconducto que excluía, la mayoría de las veces, de hecho o de derecho, controles sucesivos. Y dicho cambio de coordenadas jurídicas supondrá un mayor grado de responsabilidad a los operadores.

⁸³⁰ La ausencia de una regulación sobre los requisitos que han de cumplir los promotores de actividades de servicios, puede dar lugar a una situación completamente surrealista en la que un particular presenta una comunicación previa o declaración responsable manifestando que cumple unos requisitos que desconoce porque no están regulados en ningún a norma. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Madrid con los apartamentos turísticos, los promotores de esta actividad están obligados a presentar una declaración responsable donde manifiestan el cumplimiento de unos requisitos que no están regulados porque no hay norma que regule en concreto esa actividad.

respectivo en uso de sus potestades reglamentarias⁸³¹, ya que una Ley⁸³², según mi opinión, no es la norma adecuada para entrar en una regulación tan detallada (aunque deba existir, lógicamente, una previa habilitación legal)⁸³³.

Otra cuestión problemática tiene que ver con la ausencia de regulación de los controles posteriores. Sin perjuicio, repito, de que lo desarrolle más adelante, se debe poner de manifiesto desde este momento que, en mi opinión, **existe una inadmisibile confusión entre la técnica del control posterior, que va indisolublemente unida a la comunicación previa y a la declaración responsable, y se ha de llevar a cabo en todos los caso, es decir, siempre que algún particular utilice algunas de estas técnicas; y la técnica de la inspección, que a diferencia de la anterior, se puede realizar sólo en algunos casos, de forma discrecional o previa planificación**⁸³⁴.

Ambas actividades comparten muchas características: se trata de controlar una actividad después de su inicio, se ha de llevar a cabo *in situ*, es decir, en el establecimiento donde se presta el servicio (lo que implica una comprobación material de la actividad), etcétera⁸³⁵. Pero pese a este parecido, hay que decir que son actividades esencialmente diferentes: la primera, el control posterior, se ha de realizar en todos los casos que un particular presente una declaración responsable o comunicación previa y dentro de un plazo determinado que no podrá ser demasiado extenso para no

⁸³¹ Establece el artículo 97 de la CE que es el Gobierno quien ejerce la potestad reglamentaria.

⁸³² Cuestión distinta, por supuesto, es que para llevar a cabo esa regulación reglamentaria a la que me refiero, sea necesaria una previa habilitación legal.

⁸³³ Como se verá, esta cuestión va a resultar esencial en el sector turístico donde la regulación que hagan las comunidades autónomas va a resultar fundamental para una adecuada ordenación de los diferentes subsectores turísticos, sobre todo después de que el Estado derogara, mediante el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, y como consecuencia de la Directiva Servicios, toda la regulación reglamentaria que servía de legislación subsidiaria a todas aquellas comunidades autónomas que, aún teniendo competencia exclusiva sobre la materia, no habían procedido a regular dichos subsectores de actividad turística.

⁸³⁴ Sobre la técnica de la inspección véanse los trabajos de los profesores RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, cit. y BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, cit.

⁸³⁵ Estas características comunes van a permitir que se puedan utilizar recursos personales y materiales de los servicios de inspección de las Administraciones públicas, lo que supondrá un importante ahorro en esta época de obsesión por la austeridad presupuestaria. Pero no se puede confundir ambas actividades porque son sustancialmente diferentes.

desnaturalizar la institución; la inspección, sin embargo, no tiene por qué realizarse en todos los casos y, además, no se ha de realizar dentro de un plazo determinado, pudiendo realizarse varios años después del comienzo de la actividad de que se trate.

Además, siguiendo con los controles posteriores, cabe mencionar algo a lo que ya me he referido de forma tangencial. La regulación que se realiza de esta institución en las normas de transposición es inadecuada y puede generar importantes problemas⁸³⁶. Y es que no se establece que se deba realizar en todos los casos, ni se prevé un plazo mínimo para llevarla a cabo. En este sentido, como ejemplo de mala regulación, cabe destacar el artículo 39.bis.2 de la LRJPAC, en la que, según la redacción que se ha dado, parece incluso configurar este control posterior como algo potestativo, no obligatorio: “Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar, los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan”. En mi opinión, el verbo “podrán” debería haber sido sustituido por el de “deberán” para enfatizar la necesidad y obligatoriedad de llevar a cabo los controles posteriores.

En definitiva, estamos ante una técnica de intervención administrativa que está llamada a convertirse en la regla general para el acceso a las actividades de servicios (junto con la declaración responsable, aunque esta con importantes matices, como veremos a continuación). Una técnica que agiliza de manera muy importante el acceso a

⁸³⁶ Salvo excepciones como en el Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón., donde el control posterior está adecuadamente configurado, artículo 26.bis.3, donde se indica que Una vez formalizada la declaración responsable y en un plazo no superior a tres meses, tras las oportunas comprobaciones, el órgano competente podrá, en su caso:

- a. Inscribir el acto o hecho declarado en el Registro de Turismo de Aragón a efectos meramente informativos.
- b. Clausurar el establecimiento o prohibir el ejercicio de la actividad en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa aplicable, sin que por ello se derive derecho alguno a indemnización.
- c. Establecer motivadamente las condiciones en que pudiera ser ejercida la actividad o tener lugar la apertura y clasificación del establecimiento, y su correspondiente inscripción

la prestación de actividades de servicios y su establecimiento, puesto que permite comenzar a ejercer la actividad desde su presentación, lo que, en principio, relaja la intensidad de la interventora de la Administración. Pero que, igualmente, tiene más riesgos para el interés general, pues como indica la profesora NUÑEZ LOZANO, M^a. C., “Las consecuencias del error interesado que tras una comunicación sin potestad de veto o declaración, actúa en consonancia con la misma pero de forma contraria al ordenamiento jurídico, son más graves que los supuestos en que actúa el control preventivo, pues con este último tipo de control la Administración podría evitar el inicio de la actividad y, en consecuencia, la lesión del interés público, mientras que en el primero, no solo la ausencia de control previo no hará posible la evitación de la contravención sino que, además, la lesión patrimonial que se puede experimentar como consecuencia del cese de la actividad ya iniciada no se calificará de antijurídica, y el hecho puede además encontrarse tipificado como infracción ⁸³⁷”.

2.3- La declaración responsable.

Respecto a esta técnica, que está considerada en la LRJPAC en plano de igualdad a la comunicación previa (de hecho, en el artículo 71.bis, viene recogida en primer lugar, inmediatamente antes de la comunicación previa), debo decir que ha planteado un debate doctrinal más intenso, pues algunos autores no la consideran, en sí, una técnica de intervención administrativa, sino un instrumento añadido a la comunicación en la que los interesados manifiestan, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de los requisitos normativos correspondientes a la actividad de que se trate⁸³⁸, lo que supondría que no se debería aportar documento alguno con la

⁸³⁷ NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, cit., pág. 115.

⁸³⁸ Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, RODRIGUEZ FONT, M, “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 87, “La declaración responsable ofrece menos dudas: desde nuestro punto de vista no se trata de una forma de intervención”, y pág. 92, “desde nuestro punto de vista la declaración responsable no es una técnica de control, si no que acompaña a estas facilitando su tramitación”; MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., págs. 281-282, “Ahora, en el proceso de reforma del sector servicios, el legislador parece empeñado en dotar a la declaración responsable de un significado propio y de una autonomía que en realidad no tiene. A mi juicio, la declaración responsable debería haberse quedado como una técnica de simplificación documental, en ocasiones anudada a procedimientos de autorización o

comunicación, pues bastaría con la declaración correspondiente. Según esta interpretación, la comunicación y la declaración serían técnicas que han de utilizarse conjuntamente, la primera para declarar que el interesado cumple los requisitos sectoriales de que se trate, y la segunda, para comunicar los datos personales concretos de la persona física o jurídica

Otros autores, sin embargo, ven en la declaración responsable una técnica más de intervención administrativa, independiente, pero más lábil que la autorización y que la propia comunicación previa, pues si en esta es necesario acompañar los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos correspondientes, en la declaración no es necesaria dicha presentación⁸³⁹, sino que será suficiente, por tanto, manifestar que los requisitos correspondientes se cumplen y que se dispone de los documentos que así lo acredita⁸⁴⁰.

comunicación previa, no como una verdadera alternativa a la autorización administrativa. Su alcance y características son, además, muy heterogéneos, resultando difícil encontrar notas definitorias comunes. Unas veces, en efecto, la declaración responsable supone simplemente un aplazamiento de la acreditación documental a un momento posterior del procedimiento. Otras veces, ni siquiera exime de adjuntar la documentación exigida por la normativa sectorial.”;

⁸³⁹ En este sentido se manifiesta la profesora NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit. pág. 103, “Las únicas referencias que permiten trazar unas diferencias entre las declaraciones responsables y comunicaciones previas están en que la declaración responsable permite acceder al reconocimiento de un derecho o facultad y tan solo implica la manifestación de disponer de los requisitos y documentos necesarios sin necesidad de aportarlos en sede administrativa. En cambio, la comunicación pone en conocimiento, por lo que parece indicar que se presenten físicamente los documentos ante la Administración...facilitando cierto control de forma ex ante”.

⁸⁴⁰ Aunque será desarrollado con mayor detalle en epígrafes posteriores, no alcanzo a ver el problema de carga administrativa que supone presentar a la Administración pública unos documentos de los que el interesado ya dispone. Según mi opinión, lo complicado es, en la mayoría de las ocasiones, adquirir la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos correspondientes, no presentarlo en un registro, sobre todo si se tiene en cuenta que con el desarrollo de la Administración Electrónica dicha documentación podrá ser presentada por los interesados en formato electrónico, ante un registro electrónico (365 días al año, 7 días de la semana y 24 horas al día). En este sentido, no puedo estar de acuerdo, con GÓMEZ ALONSO, M. y ÁLVAREZ BESTEIRO, I., “Principales reformas sectoriales: consolidación de la nueva cultura regulatoria”, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, nº 2990, 2010, cuando se refiere a la “gravosa exigencia de acreditar documentalmente el cumplimiento de requisitos”, lo gravoso, en mi opinión, repito, es adquirir los documentos que acrediten en cumplimiento de los requisitos, no presentar estos ante la Administración si ya se dispone de ellos. Hay que fomentar, por tanto, el establecimiento definitivo de la Administración electrónica para no hacer tan gravoso o costoso conseguir dichos documentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece que se puede poner de manifiesto que la declaración responsable es una técnica administrativa de intervención menos intensa que la comunicación previa, pues esta implica la necesidad de aportar ciertos documentos con la comunicación, lo que permite a la Administración realizar un cierto control *ex ante*⁸⁴¹, sin embargo, en la primera no se requiere la aportación de ningún documento. Así está regulada en la LRJPAC:

En efecto, en mi opinión, pese a que pueda haber dudas sobre su naturaleza, esto es lo que pretende la LRJPAC (artículo 71.bis) en la nueva redacción dada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. Es decir, establecer un elenco de técnicas de intervención administrativa con diferentes intensidades. Así, de más a menos intensidad, la relación de técnicas de intervención sería: autorización, comunicación previa y declaración responsable. Si no, no tendría sentido la distinción efectuada entre ambos supuestos referidos en el artículo 71.bis de la LRJPAC.

Cosa diferente es lo que cada Administración pública, en el uso de sus propias competencias, haya entendido lo que es cada cosa. Así, por ejemplo, **algunas Administraciones utilizan conjuntamente ambos instrumentos, la comunicación previa y la declaración responsable, sin distinción aparente⁸⁴²; otras, sin embargo, se refieren exclusivamente, como técnica de intervención administrativa, o bien a la comunicación previa⁸⁴³, o bien a la declaración responsable⁸⁴⁴.** Adquiere aquí

⁸⁴¹ Podría surgir la duda de si ese control *ex ante*, por débil que sea, no será contrario al espíritu de la Directiva Servicios ya que, en definitiva, se trata de un control previo, para lo que la norma comunitaria exige que se supere el ya mencionado triple test (no discrecionalidad, proporcionalidad y necesidad).

⁸⁴² Por ejemplo, el artículo 14.1 de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana, modificada por la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, establece que: “Las empresas turísticas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6 y 13 de la presente Ley, deberán notificar a la Administración turística el ejercicio y cese de su actividad o las modificaciones que durante la misma pudieran producirse mediante la presentación, de una comunicación previa o declaración responsable, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, es decir, no distingue entre una técnica y otra.

⁸⁴³ El artículo 26.bis.2 Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón., se refiere exclusivamente la comunicación previa como técnica de intervención administrativa, sin mencionar a la declaración responsable; Igualmente, la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja, modificada por la Ley 6/2009, de 15 de diciembre, se refiere en exclusiva a la comunicación previa en su artículo 8.

todo su sentido lo manifestado por RIVERO ORTEGA, R., al referirse a la “insuficiente reflexión sobre cada una de estas categorías”⁸⁴⁵.

2.4- Valoración conjunta de ambas técnicas administrativas.

Teniendo en cuenta los epígrafes anteriores, procedo a realizar una breve valoración sobre lo que, en mi opinión, suponen estas nuevas técnicas de intervención administrativa en nuestro panorama jurídico.

Según estimo, su eficacia dependerá, en gran medida, de la configuración de los controles posteriores. Como trataré de demostrar más adelante, sin un adecuado sistema de verificación y comprobación posterior, estaremos ante un total desmantelamiento de la intervención administrativa, excepto, en su caso, en lo que se refiere a las funciones de inspección. Ha sido el profesor Ricardo RIVERO ORTEGA quien más ha incidido sobre esta circunstancia, advirtiendo de los riesgos inherentes a la inexistencia de unos adecuados controles posteriores⁸⁴⁶.

Por otro lado, es necesario mencionar, igualmente, que supone una relajación importante de los mecanismos de intervención administrativa sobre las actividades de servicios realizadas por particulares. Se traslada el protagonismo a estos. La

⁸⁴⁴ A la declaración responsable se refieren, como técnica de intervención en exclusiva, la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Turismo de la Comunidad de Madrid, modificada por la Ley 8/2009, de 21 de marzo, en su artículo 21; La Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo de Asturias, modificada por la Ley 10/2010, de 17 de diciembre, en su artículo 25; la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León, en su artículo 9; la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Turismo de Castilla-La Mancha, modificado por la Ley 7/2009, de 17 de diciembre; o la Ley 2/2011, de 31 de enero, de Turismo de Extremadura, sin ánimo de ser exhaustivo.

⁸⁴⁵ RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, cit., pág. 138.

⁸⁴⁶ RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85, indica que la ausencia de controles *ex post*, dará la razón a aquellos que hablan de que la transposición de la Directiva Servicios es una auténtica “operación desreguladora”.

Administración se convierte en una “verificadora *a posteriori*” de lo que los promotores de actividades de servicios manifiestan en las declaraciones o comunicaciones, amparándose en un principio de confianza legítima mutua⁸⁴⁷. Pero no se debe olvidar en ningún caso, que siguen existiendo intereses generales que la Administración pública debe amparar por imperativo constitucional (el artículo 103.1 de la CE remarca el carácter de servicio al interés público de la actividad administrativa), obligación que, sin embargo, no corresponde a los particulares, que persiguen única y exclusivamente un interés privado, y de forma legítima. Por tanto, considero que ambas partes de la relación jurídico pública no se deben confundir: una cosa es la Administración con su función de servicio al interés general, y otra los particulares con sus propios intereses privados.

Y es que, se debe tener en cuenta que siguen existiendo razones de interés general que aunque no puedan calificarse de “imperiosas”, y por tanto no sean suficientes para sustentar un sistema de control administrativo previo, merecen igualmente la atención y el amparo de la Administración pública.

Mi valoración de estas técnicas de intervención administrativa no pude ser por consiguiente, positiva. Pero no son las declaraciones responsables o las comunicaciones previas en sí las que merecen, pienso, una crítica negativa, sino la configuración de las mismas que ha realizado el legislador español en su “enfoque ambicioso” de la transposición de la Directiva Servicios. Y es que no se puede cambiar un sistema implantado desde hace tantos años, pese a su posible anacronismo, en tan poco tiempo⁸⁴⁸. Sobre todo, teniendo en cuenta que las nuevas técnicas, para su efectividad,

⁸⁴⁷ NEVADO BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, cit., pág. 177, nos habla de la doble vertiente del principio de la buena fe en el Derecho administrativo. Por un lado del ciudadano en la Administración, y, por otro, en sentido inverso, de la Administración en el ciudadano. Aquí estaríamos ante un claro ejemplo de esto último.

⁸⁴⁸ No se puede hacer, como certeramente señala el profesor MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, cit. pág. 299, “con un simple chasquido de dedos; o como indica el profesor RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del proyecto de Leu Ómnibus”, cit. pág. 327, “a golpe de Boletín Oficial”.

requieren de una estructura de Administración Electrónica adecuada, algo que, como tendré ocasión de señalar más abajo, no sucede en nuestro país⁸⁴⁹.

La utilización de la declaración responsable y la comunicación previa puede resultar muy eficaz siempre y cuando se realice una adecuada regulación de su régimen jurídico, se establezca un sistema de control posterior eficaz y se desarrolle de forma suficiente la Administración Electrónica. De otra forma, es decir, tal y como se establece actualmente el sistema, pueden resultar dañados, o en peligro, determinados intereses generales dignos de protección. La profesora Blanca LOZANO CUTANDA señala como una de las soluciones a los problemas planteados, una mayor regulación de los nuevos sistemas que genere mayor seguridad jurídica en los operadores del mercado de servicios⁸⁵⁰.

2.5- Registros administrativos como técnica de intervención administrativa.

⁸⁴⁹ Esto ha producido lo que CIERCO SEIRA, C., “La Administración Electrónica al servicio de la simplificación administrativa: Luces y sombras”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 38, 2011, ha denominado “deslizamiento en la complejidad”, es decir, las nuevas técnicas de intervención administrativa trasladan la complejidad del procedimiento administrativo actual a un momento posterior.

⁸⁵⁰ En concreto, señala LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, cit., págs. 11-12, que “La propia naturaleza de estas técnicas de control administrativo suscita muchas dudas. A pesar de que se trata de una forma de control administrativo de la actividad privada, no existe un procedimiento propiamente dicho que finalice con una resolución administrativa, ni expresa (autorización), ni presunta (silencio administrativo) [...] ello ocasiona, sin dudas, efectos negativos sobre la seguridad jurídica.

Para reducir esta situación de inseguridad jurídica podríamos pensar en dos órdenes de soluciones:

- 1) En el plano normativo, una regulación más exhaustiva y sistemática (es bien conocido el “desordenamiento” normativo que padecemos), que permita a los operadores de los distintos sectores conocer y comprobar los requisitos que son aplicables a su actividad.
- 2) En el plano de las propuestas de *legeferenda*, la introducción de un plazo de caducidad a partir del cual la Administración ya no puede ordenar el cese del derecho o actividad sino siguiendo el procedimiento de revisión de oficio previsto en los artículos 102 y ss. de la Ley 30/1992.
- 3) Posibilidad de solicitar consultas previas vinculantes, ya sea a la Administración o a entidades certificadoras acreditadas sobre el cumplimiento de los requisitos.

Debo aclarar, en primer lugar, que me voy a referir exclusivamente a los que la profesora Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha denominado “Registros con objeto público y de intervención administrativa sobre el Derecho privado” que son aquellos a través de los cuales “la Administración se asegura un control de la actividad privada”⁸⁵¹. Dejo de lado, por tanto, la incidencia de la Directiva Servicios sobre otros registros públicos administrativos o privados (Catastro, Registro de la Propiedad Inmobiliaria, Registro Mercantil, etcétera), así como la polémica sobre la distinción entre registros jurídicos y registros administrativos, por exceder del ámbito concreto de este trabajo.

La obligación de inscribirse en un registro administrativo se trata, por tanto, de una técnica de intervención administrativa que puede ser considerada de muy baja intensidad pues lo que se pretende, en definitiva, es una finalidad informativa, es decir, que la Administración pública correspondiente tenga conocimiento de los datos personales y demás circunstancias de determinados particulares (ciudadanos, empresas o profesionales) a efectos de llevar a cabo otro tipo de actividades de control como, por ejemplo, comprobaciones posteriores o inspecciones⁸⁵². Este tipo de intervención administrativa se “justifica porque mediante ella, la relación o negocio jurídico público o privado va a satisfacer el interés o necesidad común” de que se trate⁸⁵³, y lo que, en mi opinión, resulta más importante, ofrece mayor seguridad jurídica a los particulares que deseen entablar relaciones privadas con los sujetos inscritos, pues tendrán mayor información sobre su situación jurídica y económica. Lo que enlaza directamente con la

⁸⁵¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La función de orden y seguridad de los registros públicos”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, CANO CAMPOS, T., (Coord.), Iustel, vol. 7, 2009, pág. 178.

⁸⁵² Según indica la profesora FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La función de orden y seguridad de los registros públicos”, cit., pág. 178, “Las técnicas registrales no son otra cosa distinta que las herramientas o actos administrativos integrados en la misma actividad administrativa: comprobación, conocimiento, información o juicio, atendiendo a las potestades que tenga atribuida cada Administración”.

⁸⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La función de orden y seguridad de los registros públicos”, cit., pág. 175, “Es evidente pues que la complejidad normativa de la regulación y funcionamiento de cada registro responde al fenómeno constante pero inevitable que supone la mayor intervención administrativa en todos los ámbitos de las relaciones jurídico privadas, que tiene su justificación en el interés público y en las necesidades públicas que, en mayor o menor grado, pueden satisfacer las relaciones jurídico privadas, pero también jurídico públicas. Sin esa intervención administrativa (a través de algunos instrumentos registrales o no registrales) en muchas ocasiones, estas relaciones no cumplirían con su finalidad pública porque si bien las relaciones entre particulares no satisfacen de forma exclusiva intereses públicos, lo cierto es que son elementos esenciales para su consecución”

protección de consumidores y usuarios, es decir, si las Administraciones disponen de registros administrativos públicos donde, de forma obligatoria, se hace constar los datos de los profesionales y empresas de servicios, esto supondrá mayor seguridad jurídica en el tráfico mercantil, en beneficio de los destinatarios finales de dichos servicios. Esta es, en esencia, la razón por la que considero que los registros administrativos deben conservar la obligatoriedad del registro.

La Directiva Servicios, por su parte, no ha eliminado esta técnica de intervención administrativa, aunque la ha adaptado a su espíritu simplificador⁸⁵⁴. Así, en este sentido, los interesados podrán recibir información y realizar trámites de inscripción a través de la ventanilla única, se prohíbe la obligación de inscribirse en más de un registro administrativo, etcétera. Lo que no impone, sin embargo, la Directiva es el carácter voluntario de los registros administrativos. En ningún precepto o considerando se dice, ni directa ni indirectamente, que deba convertirse esta técnica administrativa en voluntaria.

En el ámbito de los registros administrativos, la transposición de la Directiva Servicios ha supuesto una verdadera modernización de su régimen jurídico, simplificando los procedimientos y eliminando cargas excesivas para los particulares. Así, la regla general, ahora, es que la inscripción se realice por la propia Administración competente de oficio, de forma gratuita e inmediata. Muy diferente a lo que sucedía antes de la transposición de la norma comunitaria, cuando se exigía al interesado iniciar un nuevo procedimiento administrativo de inscripción con los costes económicos y temporales añadidos. En este sentido, entiendo que el legislador español ha aprovechado la mencionada transposición para modernizar la regulación y adaptarla a las circunstancias actuales, aunque dicha reforma no viniera impuesta por la Directiva Servicios.

⁸⁵⁴ Se pueden encontrar varias referencias a los registros administrativos y su inscripción en la Directiva. Así, artículo 6.1.a) referido a la ventanilla única; artículo 7.1.c) sobre el derecho de información, artículo 14.2 relativo a los requisitos prohibidos (también conocida como lista negra), etcétera. De esta regulación se deduce que se permite el mantenimiento de los registros administrativos aunque con ciertas condiciones.

Cosa muy diferente, sin embargo, es lo que ha ocurrido con los registros que se han transformado en voluntarios, desnaturalizando, en mi opinión, esta técnica de intervención administrativa, pues se impide a la Administración tener una visión completa de una determinada actividad de servicios, para poder llevar a cabo actividades de control de manera eficaz y eficiente (comprobaciones posteriores, inspecciones, etcétera). Y es que, una cosa es desburocratizar determinadas intervenciones administrativas, simplificar procedimientos, eliminado costes y agilizando su tramitación, y otra muy diferente, desactivar dichos instrumentos de control. Si no es obligatoria la inscripción, si no se garantiza la disponibilidad de la mayor información posible, ¿Qué sentido tienen entonces el registro administrativo correspondiente? Esta transformación se ha producido, por ejemplo, en algunos registros turísticos⁸⁵⁵, aunque casi todas las comunidades autónomas mantienen su carácter obligatorio para la mayoría de las actividades⁸⁵⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, pienso que esta técnica puede resultar muy útil a la Administraciones públicas ya que puede facilitar la realización de controles posteriores en un plazo determinado desde la inscripción. Así, por ejemplo, sin un prestador de servicios turísticos se inscribe en un registro determinado, la Administración puede conocer datos personales, dirección del establecimiento, requisitos manifestados, etcétera, facilitando la comprobación material que haya de llevarse a cabo *a posteriori* de forma obligatoria o, en su caso, la inspección. Es por ello que considero necesario su mantenimiento con carácter obligatorio, aunque sea de oficio, gratuito y demás facilidades.

⁸⁵⁵ Se puede mencionar, en este sentido, el ejemplo paradigmático del Registro de Empresas Turísticas de la Comunidad de Madrid (artículo 23.2 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, modificado por la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, que establece el carácter voluntario de la inscripción para todas las actividades turística; Otras comunidades autónomas como Andalucía, Navarra o Cataluña, establecen un sistema mixto obligatorio para algunas actividades y potestativo para otras.

⁸⁵⁶ Así, por ejemplo, Galicia, , Valencia, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Asturias, Cantabria, La Rioja, País Vasco, Aragón, , Andalucía, Murcia, Baleares, Canarias,. Fuera del ámbito turístico, se mantiene la obligatoriedad en la inscripción para el Registro Integrado Industrial, el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción o el Registro de control metrológico.

3.- El control posterior.

3.1- El control posterior y la inspección como actividades administrativas diferentes.

El control posterior es una técnica que ha de llevar a cabo la Administración pública una vez que los particulares han presentado la comunicación previa o la declaración responsable correspondiente⁸⁵⁷. Se ha de realizar, según estimo, en todos los casos⁸⁵⁸ y dentro de un plazo determinado, sino, resultará ineficaz. Si este control previo no se realiza, si después de la presentación de la comunicación o declaración no hay una actividad administrativa de comprobación caso por caso, o esta no se realiza dentro de un plazo razonablemente corto, estaremos ante una auténtica desregulación⁸⁵⁹, es decir, una inhibición de la Administración pública respecto de sus obligaciones de protección del interés general.

⁸⁵⁷ BULLEJOS CALVO, C., “El control posterior al inicio de la actividad ocio y su fiscalidad. Función inspectora, de seguridad y salud durante su desarrollo y gestión de emergencias”, en BARRANCO VELA, R., (Dir.) BULLEJOS CALVO, C., (Coord.) *Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. Régimen jurídico de la intervención administrativa tras la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011, pág. 630, “La [...] potestad de control posterior deviene, en secuencia lógica, de la existencia de una actividad precisada de comunicación previa o declaración responsable, quedando habilitada la Administración para ejercer y someter la misma a un procedimiento de control posterior”. En mi opinión, esa habilitación de la Administración es, además, una obligación.

⁸⁵⁸ En contra de esta tesis, podemos citar al profesor ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, cit. pág. 36, donde indica, respecto de la actividad inspectora o de control posterior que “no debe ser por ello una actividad necesariamente vinculada a la recepción de comunicaciones, todo dependerá del criterio de la propia Administración. En cualquier caso, lo que el régimen de esta fórmula impone es que la Administración no está obligada en absoluto a girar inspección alguna a las actividades en cuanto se le comunica su inicio. Es una actividad discrecional suya el desplegar o no la actividad inspectora o de comprobación que estimen conveniente.

⁸⁵⁹ Como ya hemos indicado más arriba, uno de los autores más preocupado por este efecto desregulador de la falta de controles posteriores, o su inadecuada regulación ha sido el profesor RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85, “Y todo el título de la potestad sancionadora habría de ser revisado para preparar una respuesta eficaz frente a los posibles abusos que puedan ser favorecidos como consecuencia de la relajación de los controles administrativos *ex ante*, que necesariamente han de ser compensados mediante el reforzamiento de controles *ex post*, traducidos en inspecciones y sanciones. Si no se hace así, tendrán razón quienes dicen que estamos ante una operación “desreguladora”; en otro trabajo, RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, cit., pág. 348, “[...] en el cambio de sistema de control, elevar las consecuencia punitivas de quienes aprovechen el levantamiento de las barreras, resulta tan imprescindible como reforzar las dotaciones del aparato inspector y sus capacidades mediante la introducción de medios técnicos que permitan cumplir eficazmente con sus obligaciones, incluyendo la cooperación administrativa”. He de hacer notar que, en mi opinión de forma errónea, el profesor de la Universidad de Salamanca no diferencia entre controles *ex post* y actividad de inspección.

Lo que pretende la Directiva Servicios es sustituir, con carácter general, los controles previos (autorizaciones, licencias, etcétera) por controles posteriores. Que la administración intervenga, controle, sin impedir que los promotores de actividades de servicios comiencen a realizar la actividad de que se trate y, por consiguiente, no se frene la productividad de estas empresas o profesionales. **Pero el objetivo de la Directiva Servicios no es abstenerse totalmente de cualquier intervención, como ya he indicado, sino transformar el sistema, cambiar la intervención previa por la posterior.**

Teniendo en cuenta estas características, se debe indicar que es una institución administrativa diferente a la inspección administrativa⁸⁶⁰. Cumplen objetivos distintos, pese a que, sustancialmente, la actividad desarrollada sea similar: comprobación material del cumplimiento por los particulares de requisitos normativos correspondientes⁸⁶¹. Pero la diferencia fundamental la encontramos en el significado de cada una de las técnicas mencionadas⁸⁶².

⁸⁶⁰ BULLEJOS CALVO, C., “El control posterior al inicio de la actividad ocio y su fiscalidad. Función inspectora, de seguridad y salud durante su desarrollo y gestión de emergencias”, cit., pág. 630, “Por consiguiente, el cariz que alcanzan en el Derecho administrativo [...] por cuanto se viene a instaurar de manera separada, aunque interrelacionada a la potestad de inspección, una nueva técnica de intervención administrativa, cual es la actividad de control posterior de actividades cuyo título habilitante sea una comunicación previa o una declaración responsable”. De forma muy parecida se manifiesta PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar (a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 1, abril 2010, pág. 58, “Transformar la actuación en la materia en puramente sancionadora sería realmente un dislate de forma que entre la actividad y la potestad sancionadora es preciso colocar o interponer la actividad de comprobación que realmente hasta ahora tenía poca utilización y que, sobre todo, era bastante sencilla porque giraba sobre las condiciones previamente establecidas en el marco de la autorización de realización de la actividad o servicio en cuestión”.

⁸⁶¹ Al igual que la inspección, según entiendo, el control posterior puede consistir exclusivamente en la comprobación documental del cumplimiento de los requisitos, es decir, no en todos los casos será necesario una “visita” del funcionario correspondiente al establecimiento o instalaciones del interesado.

⁸⁶² No obstante, son muchos los autores que se refieren a esta actividad de control posterior como actividad de inspección, sin duda, confundidos, en mi opinión, por las características comunes que tienen ambas técnicas. Así, MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, cit., pág. 99, El nuevo régimen de autorizaciones y controles exige una puesta en valor de la función inspectora; En los mismos términos, JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit. pág. 153, “...sin embargo, la necesidad de que las administraciones públicas impulsen las inspecciones periódicas, así como el diseño y reforzamiento de los planes de inspección, ponen el dedo en la llaga si lo que se pretende es, en definitiva, que el modelo diseñado en la DS (Directiva Servicios) funciones cabalmente. Pues como se ha visto, la traslación de un modelo de autorizaciones a un modelo

El control posterior es un instrumento de intervención administrativa indisolublemente unido a la declaración responsable y la comunicación previa. Sin aquel, no pueden existir estas. No se puede eliminar la intervención administrativa previa si no se regula un eficaz sistema de control posterior. A no ser que lo que se pretenda sea eliminar cualquier rastro de intervención administrativa⁸⁶³ en el inicio de las actividades de los particulares.

La inspección⁸⁶⁴, por su parte, supone también una actividad de control administrativo pero con diferencias respecto al control posterior. Por de pronto, mientras la actividad de inspección es aleatoria, la de control posterior debe realizarse en todos los casos. La inspección, en este sentido, se cierne sobre los interesados como

de control exige predominantemente un serio esfuerzo a las Administraciones públicas para adaptar sus estructuras a los nuevos retos derivados de la adaptación de la DS al derecho interno”; Igualmente, RIVERO ORTEGA, R., *Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Omnibus*, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 348, “Igualmente, en el cambio de sistema de control, elevar las consecuencias punitivas de quienes aprovechen el levantamiento de las barreras, resulta tan imprescindible como reforzar las dotaciones del aparato inspector y sus capacidades mediante la introducción de medios técnicos que permitan cumplir eficazmente con sus obligaciones incluyendo la cooperación administrativa”. Pese a que se refieren a la técnica de control posterior como una técnica de inspección, se ha de reconocer no obstante que dan en el clavo en el diagnóstico de la regulación de los nuevos sistemas declaración responsable y comunicación previa, haciendo referencia a la necesaria incorporación de técnicas administrativas que permitan verificar el cumplimiento de los requisitos manifestados por los particulares.

⁸⁶³ RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, cit., pág. 27, “El Estado tiene un papel indiscutible, irrenunciable, en las sociedades modernas, caracterizadas por un grado de complejidad y unos niveles de riesgo que impiden un No-intervencionismo absoluto [...] Es más, cuanto mayor sea el volumen de actividades privatizadas o despublizadas, mayores serán las necesidades de control de las mismas, de supervisión de su gestión, más intensa deberá ser su inspección porque la intensidad de la función inspectora está en función del reparto de responsabilidades entre el poder público y los sectores privados”

⁸⁶⁴ Respecto a la actividad de inspección, véase el trabajo del profesor BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, cit., donde señala que “Se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad. Pero, como muy acertadamente señala el preámbulo de una norma aragonesa, el correcto ejercicio de las competencias de inspección y control —en este caso, referido a seguridad de productos, equipos e instalaciones industriales— provoca una benéfica repercusión económica y social, cuando se conjugan armónicamente principios tales como agilidad en la acción, confianza en la actuación de los técnicos competentes y estricta fiabilidad de los mecanismos de supervisión y control”

una amenaza que puede no llegar nunca a concretarse, sin embargo, el control posterior ha de verificarse en todos los supuestos.

Por tanto, la inspección se realiza una vez se ha producido un control administrativo sobre el particular, es decir, cuando la Administración ya ha intervenido y comprobado previamente el cumplimiento de los requisitos legales, siendo la inspección un instrumento para comprobar que ese cumplimiento que ya se daba, se mantiene en el tiempo.

En el control posterior, por el contrario, no ha habido ninguna intervención administrativa previa. Simplemente se ha realizado una declaración responsable o comunicación previa en la que el interesado ha manifestado el cumplimiento de unos requisitos sin que ello se haya verificado por la Administración. Aquí radica la importancia del control posterior. Y es que, si este no se realiza, no habrá ninguna comprobación administrativa sobre el cumplimiento de los requisitos correspondientes por parte de los particulares. La Administración, por tanto, permitirá a los sujetos privados realizar actividades que pueden afectar a los intereses generales sin realizar ningún control sobre las mismas. Estaríamos ante una absoluta abstención administrativa. La ausencia de la actividad inspectora, sin embargo, no conlleva tanto riesgo, porque ya ha habido un control administrativo previo, que ha verificado el cumplimiento de los correspondientes requisitos.

De lo que se deduce que control posterior e inspección son instrumentos de intervención administrativa diferentes pero no excluyentes. Es decir, un sujeto que haya presentado una comunicación previa o declaración responsable para el inicio de una actividad, deberá ser sometido al control posterior correspondiente obligatorio y, además, podrá ser inspeccionado por la Administración llegado el caso. Ambas actividades serán sucesivas, primero el control posterior y después, de llevarse a cabo, la inspección, pero no son incompatibles.

Cosa diferente, en cambio, es que se trate de actividades que, al ser materialmente idénticas, pues se trata de la comprobación material del cumplimiento de los correspondientes requisitos normativos, presenten importantes similitudes. De hecho, esos puntos en común pueden determinar que los controles posteriores de nueva creación, puedan realizarse por los funcionarios dedicados a la inspección administrativa, lo que, en mi opinión, supondría importantes beneficios y ventajas como, por ejemplo:

- Aprovechar la profesionalidad y experiencia de los funcionarios especializados en labores de inspección para realizar estas tareas de control posterior. Al haber funcionarios ya formados en esas labores, la Administración podría utilizar los servicios de inspección para dedicarlos, de forma inmediata, a realizar controles posteriores.
- Utilizar los servicios de inspección, ya existentes, para llevar a cabo los controles posteriores, puede suponer un ahorro muy importante a las Administraciones públicas competentes, pues no tendrán que recurrir a nuevos medios materiales o personales, sino que podrán aprovechar los ya existentes.
- Se podrían descentralizar las funciones de control posterior e inspección en una sola Administración pública, lo que evitaría innecesarias duplicidades y mayor eficacia y eficiencia en la realización de esos controles.

3.2- Regulación del control posterior en la Directiva Servicios y en las normas de transposición

El único precepto de la Directiva Servicios dedicado al control *a posteriori*, es el artículo 9.1.c), relativo, como ya se ha indicado, al principio de proporcionalidad que tienen que reunir los regímenes de autorización previa para poder limitar la libertad de establecimiento.

El artículo se refiere expresamente a este tipo de control, pero no dice qué es ni como se ha de configurar jurídicamente por los Estados miembros. La norma comunitaria es abierta en este sentido, pues no define en qué ha de consistir dicho control. Simplemente indica que podrá existir régimen de autorización previa cuando, entre otras cosas, se cumpla el principio de proporcionalidad⁸⁶⁵, es decir, que el control *a posteriori* no se produzca demasiado tarde para ser eficaz y puedan resultar afectado el interés general.

La indefinición en una norma comunitaria de estas características es algo normal, pues se pretende que los Estados miembros alcancen un resultado utilizando los medios normativos que ellos estimen oportunos. Lo que no es tan normal, sin embargo, es que dicha imprecisión se produzca en las normas estatales de transposición de la Directiva Servicios, sobre todo en aquella que está llamada a regular la institución referida con carácter general, es decir, la LRJPAC⁸⁶⁶.

Ya me he referido a la importancia del control posterior en el nuevo sistema administrativo instaurado por la Directiva. Sin él, no habría intervención administrativa alguna, inhibiéndose la Administración pública de su tarea de defender y garantizar los intereses generales que tiene encomendados⁸⁶⁷. Pero es que, además, no basta con una

⁸⁶⁵ Ya me he referido más arriba a este triple test, no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

⁸⁶⁶ La profesora MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 270 se refiere a esa imprecisión de el régimen de control posterior indicando que “a mi juicio, uno de los fallos del sistema es la imprecisión, cuando no la falta de medios, para el ejercicio de estas medidas de control posterior”

⁸⁶⁷ Algunos autores hablan de desregulación para referirse a este fenómeno. Así, como ya hemos indicado, RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85. También, en el mismo sentido, la profesora NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador?” Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis, cit., pág. 100, se refiere a la Desregulación por omisión, es decir, “El lógico refuerzo del aparato de control “ex post” que requeriría esta simplificación en los trámites de puesta en funcionamiento de actividades, no parece estar a la altura de del alcance de las reformas iniciadas. a nuestro juicio una desregulación por omisión, voluntaria o no, es el fruto de este inacabado proceso. Los riesgos que esta desregulación plantea para la defensa de los intereses generales que tiene encomendados (medio ambiente, salud, protección social, protección de los consumidores y usuarios...) la Administración pública y la redefinición de las garantías de los ciudadanos ante el cambio de paradigma administrativo son dos elementos que deben propiciar un estudio más detenido y algunas propuestas de mejora de la normativa aplicable”. También ha llamado la atención sobre este problema el profesor José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ, en “Directiva de Servicios y Turismo...” cit., pág. 316, cuando manifiesta que es

vaga referencia a un hipotético sistema de control *a posteriori*. Esta institución tiene que estar adecuadamente regulada y reunir una serie de características para poder ser eficaz y, por tanto, cumplir los objetivos que tiene encomendados.

A continuación, trataré de explicar las características que, en mi humilde opinión, debe tener la actividad administrativa de control posterior para cumplir adecuadamente con sus objetivos:

En primer lugar, según entiendo, la regulación jurídica general, de mínimos, debe contenerse en la LRJPAC que por su carácter básico y subsidiario, es la norma adecuada. Esto no significa que las comunidades autónomas no puedan tener en cuenta “las especialidades derivadas de la organización propia” (artículo 149.1.18 de la CE).

Por otro lado, estimo que la norma debería prever que este control posterior se realizase en todos y cada unos de los casos en que un particular presentase una comunicación previa o declaración responsable⁸⁶⁸. Se podría argumentar, en contra de esta propuesta, que un control posterior así configurado, lejos de agilizar el procedimiento administrativo, puede entorpecerlo y encarecer sus costes. Amén de requerir más medios personales y materiales, lo que exigiría, además, mayor inversión presupuestaria. Sin embargo, no debemos olvidar que el establecimiento de estos nuevos sistemas de control administrativo dependen en gran medida de un adecuado desarrollo y ejecución de la Administración Electrónica. Sin esta, la eficacia de aquellos quedaría en gran medida debilitada. Y es que, como tendré ocasión de explicar en el epígrafe

evidente el papel capital que, por razones de seguridad jurídica, han de desempeñar los servicios de inspección y comprobación de la Administración Turística y, por tanto, la necesidad de regular adecuadamente su actividad”.

⁸⁶⁸ Ya hemos mencionado como el profesor ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, cit. pág. 36, no está de acuerdo con esta visión. Para él, tanto el control posterior como la inspección son actividades discrecionales que la Administración pública puede ejercitar discrecionalmente en función de las circunstancias. En mi humilde opinión, esta es una característica de la función inspectora pero no de la de control posterior, pues estaríamos, repito, ante un claro abstencionismo de la Administración en cumplimiento de sus funciones constitucionales.

siguiente, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, es decir, la implantación de una adecuada Administración Electrónica es un paso previo ineludible para un adecuado funcionamiento de los nuevos sistemas de control. Solo se podrá realizar un adecuado control posterior (o simultáneo) si se arbitran los medios técnicos adecuados⁸⁶⁹.

En tercer lugar, también es muy importante señalar que, para que dicho control posterior cumpla los objetivos señalados, debe realizarse en un tiempo mínimo determinado. Una vez que el particular presenta la declaración o comunicación, la Administración debería realizar el control en un plazo que no debería superar, en mi opinión, los 15 días. De otra forma, los intereses generales en juego podrían resultar

⁸⁶⁹ En realidad, si existiera una verdadera Administración Electrónica no hubiera sido necesario, en la mayoría de los casos, sustituir las autorizaciones por controles posteriores, ya que, según mi opinión, al estar habilitados todos los sistemas de interoperabilidad e “intraoperabilidad” entre Administraciones, se podría comprobar el cumplimiento de los requisitos por parte de los interesados en el mismo momento de la presentación de la solicitud. No habría que hablar entonces de control previo o control posterior, sino que estaríamos ante un “control simultáneo”. Pondré un ejemplo: Para la apertura de una empresa de turismo activo en La Rioja, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos establecido en el artículo 206 del Decreto 14/2011, de 4 de marzo, por el que se desarrolla la Ley de Turismo de La Rioja:

- a. Constituir y mantener en permanente vigencia un seguro de responsabilidad civil, pudiéndose establecer franquicias en la contratación del mismo, que cubrirá una cuantía mínima de 300.000 euros (...).
- b. Contar con una dirección técnica.
- c. Contar entre su personal con técnicos o monitores con conocimientos específicos o adecuados en función de la actividad de que se trate.
- d. Disponer de la autorización de navegación, otorgada por el órgano competente, en los casos en que la actividad se desarrolle en aguas de dominio público o cuando esté relacionada con la navegación aérea.
- e. Disponer de la autorización concedida por la Consejería competente en materia de medio ambiente en aquellos supuestos en que sea exigido por la normativa de protección de los espacios naturales, terrenos forestales y vías pecuarias

Bien, pues desarrollada completamente la Administración Electrónica con adecuados sistema de interoperabilidad, todos y cada uno de los requisitos mencionados podrían comprobarse documentalmente, en el momento de la presentación de la solicitud, sin que el promotor tuviera que esperar más que unas cuantas horas para que la Administración realizase las respectivas verificaciones. Así mismo, tampoco sería necesario que el interesado aportase ningún tipo de documentación en papel, ya que la Administración podría comprobar en tiempo real todos los datos mediante el acceso a la correspondiente compañía de seguros (con los datos, apellidos, nombre y DNI del interesado) para comprobar los datos de la póliza; verificar en la Seguridad Social si tiene contratados a los técnicos correspondientes; acceso a la Confederación Hidrográfica para ver si dispone de la adecuada autorización (o declaración responsable) de navegación; comprobación, en la Consejería de Medio ambiente, de que dispone de las autorizaciones ambientales correspondientes. En este caso, el promotor de la actividad de turismo activo, podría salir con su “autorización”, de la oficina administrativa correspondiente al cabo de las pocas horas. Pero para ello sería necesario habilitar los medios técnicos y personales adecuados.

dañados de forma irreparable⁸⁷⁰. Piénsese, por ejemplo, en un empresario de turismo activo que no cumple los más mínimos requisitos de seguridad y salud pese a que en su comunicación previa ha señalado lo contrario. Si la Administración no actúa de forma rápida, verificando el incumplimiento, los daños pueden ser, como es fácilmente comprensible, irreparables.

Y ahora cabe plantearse la pregunta ¿Es adecuada la regulación actual sobre el control posterior? Pues, en mi opinión, no. Y es que las normas de transposición, tanto estatales como autonómicas, han articulado un sistema de control posterior muy abierto que permite a las Administraciones públicas decidir si los llevan a cabo o no, cuando ya he indicado que en mi opinión debería realizarse con carácter obligatorio en todos los casos.

Por de pronto, la regulación contenida en el artículo 39.bis.2 de la LRJPAC, no resulta nada acertada ya que parece dar a entender que el ejercicio del control posterior, comprando la veracidad de lo manifestado por los interesados, es potestativo para las Administraciones públicas. Así reza el artículo mencionado: “Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se

⁸⁷⁰ Resulta muy interesante, en este sentido, lo que plantea el profesor LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, cit., pág. 40, “Las autorizaciones podrán ser sustituidas por declaraciones responsables o comunicaciones previas. Sin embargo (más allá de los tópicos al uso), ello tendría menos ventajas de lo que a simple vista, pudiera parecer. A este respecto deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

- Si se quiere que estas técnicas sean instrumentos de control preventivo. Es preciso que no pueda realizarse actividad inmediatamente, sino ha de concederse a la Administración un plazo razonable para que pueda fiscalizar la iniciativa. En otro caso no podrá evitarse la inmediata puesta en práctica de actividades que puedan ser dañosas para el interés general. como veremos, no es este el sentido con el que se regulan ambas técnicas en el nuevo artículo 71.bis LRJPAC, aunque si en algunas normas sectoriales.
- Estas técnicas son adecuadas en los casos en que el desarrollo de la actividad sin cumplir los requisitos establecidos comporte un riesgo mínimo para el interés general. En cambio no deben utilizarse, cuando la administración: ejerza potestades discrecionales de control, deba hacer juicios de valor, o calificaciones jurídicas completas. en esos casos, se requiere un procedimiento más completo, como medida para clarificar los intereses en juego y fundamentar la propia actuación administrativa.

produzcan”. En efecto, estimo que el verbo “podrán” debería haberse sustituido por el deberán convirtiendo esa potestad administrativa en obligatoria⁸⁷¹.

Además, de la regulación general contenida en la LRJPAC, no se deduce un plazo determinado en el que dicho control posterior haya de ponerse en marcha por la correspondiente Administración pública, lo que puede devenir en una ineficacia absoluta de dicha actividad administrativa si se produce demasiado tarde. Ya me he referido a como el artículo 9.1.c) de la Directiva Servicios permite el mantenimiento de los controles previos si se cumple el principio de proporcionalidad, es decir, si el control posterior se produce demasiado tarde para ser eficaz. Pues bien, en mi opinión, si no se regula un plazo determinado para llevar a cabo el correspondiente control, si la Ley no obliga a la Administración a comprobar el cumplimiento de los requisitos dentro de un plazo razonablemente corto, estaremos ante una actividad administrativa de control absolutamente ineficaz, pues puede ocurrir, sin que sea una hipótesis descabellada, que el ejercicio de la actividad por los particulares haya ocasionado daños irreparables al interés general.

A esta cuestión, a la defectuosa regulación de los controles posteriores, se ha referido igualmente el Consejo de Estado en su dictamen 779/2009, sobre el Anteproyecto de “Ley Ómnibus”. Por la claridad expositiva transcribo el párrafo completo⁸⁷² (Punto V, apartado 2): “ha de destacarse que el anteproyecto atiende de manera desigual a los distintos objetivos o pilares de la norma comunitaria. Ello se debe a que el centro de gravedad de la regulación proyectada lo constituyen la eliminación de trabas o cargas administrativas y la supresión de numerosos regímenes de autorización, en ocasiones sustituidos por otros menos gravosos, como son la obligación de presentar

⁸⁷¹ RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit., pág. 11, señala que es este “el precepto que parece enfatizar de forma general en las funciones controladoras”, pero dicho énfasis, en mi opinión, como he explicado, muy relativo.

⁸⁷² Dictamen 779/2009, sobre el Anteproyecto de Ley sobre modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que ya me he referido más arriba. En concreto, transcribo el punto V “La transposición al ordenamiento interno de la Directiva de Servicios y la aplicación de sus principios a sectores excluidos de su ámbito de aplicación”, apartado 2.

una declaración responsable (telecomunicaciones, vías pecuarias, mercado del tabaco, prevención de riesgos laborales...) o una comunicación previa (servicios postales, autoescuelas que impartan exclusivamente clases teóricas...). Sin embargo, estas medidas no siempre van acompañadas del correspondiente aumento de los mecanismos de control *a posteriori* de la actividad, ni de un correlativo refuerzo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios o del fomento de la calidad de los servicios. Sin ánimo exhaustivo, pueden mencionarse algunos ejemplos que ilustran esta observación”⁸⁷³.

⁸⁷³ Creo imprescindible, igualmente, referirme a los ejemplos a los que se refiere el Consejo de Estado pues puede resultar muy esclarecedores sobre lo que aquí pretendo apuntar:

- En primer lugar, puede mencionarse el artículo 24 del anteproyecto, que modifica la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: en su apartado uno, da nueva redacción al artículo 89.3 y elimina la obligación de presentar el justificante acreditativo de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. Con ello se suprime un requisito burocrático que resta agilidad al procedimiento de otorgamiento de la autorización de prestación de servicios comerciales en el ámbito portuario y, en consecuencia, se simplifica el procedimiento administrativo. No obstante, la eliminación de tal requisito, cuya exigencia constituye práctica habitual en el ámbito administrativo, no lleva aparejada ninguna medida alternativa de control de la idoneidad para ser titular de una autorización de prestación de servicio por parte de quien solicita su otorgamiento. - Cabe también citar el caso del artículo 39 del anteproyecto, relativo a la modificación de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, consistente, entre otras cosas, en la supresión de los apartados 5 y 7 del artículo 25, dedicado a los "Órganos de gestión de los vinos de calidad producidos en una región determinada". En particular, se elimina la exigencia de autorización previa al inicio de la actividad, sin prever ningún mecanismo de control del acceso a esta actividad o de control *a posteriori*. Además, dejan de exigirse la falta de ánimo de lucro y la representatividad de los intereses económicos y sociales, lo cual ha sido objetado a lo largo de la tramitación del expediente, por considerarse que se trata de una exigencia que contribuye a garantizar la calidad de los productos. Por lo demás, la opción de eliminar el requisito de falta de ánimo de lucro en este ámbito contrasta con la seguida en materia de propiedad intelectual, pues en este caso se ha mantenido, alegándose como justificación a su mantenimiento que constituye un requisito justo y proporcionado, que permite una mayor protección del bien jurídico afectado.

- Otro ejemplo es el de las novedades que el artículo 18 del anteproyecto introduce en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. En particular, se eliminan ciertas autorizaciones (para comercializadores y consumidores directos en mercado), por considerar que se apartan de lo dispuesto en la Directiva de Servicios, lo cual ha sido muy discutido por varias de las entidades y organismos que han intervenido en la tramitación del anteproyecto, en la medida en que las actividades energéticas constituyen actividades de interés económico general, en las que están implicados intereses de muy diversa índole, entre ellos, la protección de los consumidores y usuarios. Se ha alegado, además, que el régimen de autorizaciones existentes en este ámbito respeta los requisitos exigidos por la norma comunitaria, a saber: está justificado por razones de interés general, es proporcionado al ejercicio de la actividad que se autoriza, no incorpora especiales trabas y se rige por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación. Sin entrar ahora a valorar la conveniencia y oportunidad de sustituir el requisito de la autorización previa por el de mera comunicación (en este caso, ni siquiera previa), es lo cierto que esta "DESREGULACIÓN" (las letras capitales y el entrecomillado es mío) del sector eléctrico debería ir acompañada de la introducción de mecanismos eficaces de control que permitieran garantizar la protección de los consumidores y asegurar la calidad del servicio. A este respecto, lo único que el anteproyecto prevé es la exigencia de prestación de garantía, la obligación de resolver las quejas que se planteen y la ya mencionada de comunicación de inicio de la actividad y cumplimiento de los requisitos que para ello se exijan. Llama la atención que ni siquiera se imponga al prestador, con carácter general, la obligación de acreditar el cumplimiento de tales requisitos, lo cual únicamente deberá hacer cuando sea

Parece claro, por consiguiente, que esta falta de previsión de unos controles posteriores adecuados puede entrañar importantes riesgos para los intereses generales, sobre todo para la protección de los consumidores y usuarios y para la calidad de los servicios prestados⁸⁷⁴ (que bien mirado, son distintas caras de la misma moneda).

No obstante todo lo anterior, en el ámbito de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y por ende, en la garantía de la calidad de los servicios, considero que este debate no tiene demasiado sentido. Me explico. Si la Directiva Servicios (artículo 4.8) y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (artículo 3.11) consideran la protección de los consumidores y usuarios y demás destinatarios de los servicios como “una razón imperiosa de interés general” que, como es sabido, junto con el principio de no discriminación y proporcionalidad pueden justificar el mantenimiento

expresamente requerido para ello por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. E igualmente sorprende que se haya eliminado el Registro de comercializadores y consumidores directos en mercado pues, aun cuando tal medida es coherente con la eliminación de la correspondiente autorización, no deja de ser un instrumento de control eficaz, cuya eliminación no lleva aparejada la inclusión de ningún mecanismo de supervisión alternativo. Podría haberse optado por la solución seguida en otros ámbitos, como por ejemplo, el de los servicios postales: en este sector, se ha eliminado igualmente la autorización (sustituida aquí por una declaración responsable), pero se mantiene la obligación de inscribir los datos de los prestadores de servicios postales en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales (si bien se trata de un inscripción que se practicará de oficio por la Comisión Nacional del Sector Postal, lo cual constituye una novedad que se alinea con los fines de la Directiva de Servicios de eliminar trabas o cargas injustificadas). Dicha previsión podría extenderse al ámbito del Sector Eléctrico o a otros supuestos.

⁸⁷⁴ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit. pág. 100, “Los riesgos que esta desregulación plantea para la defensa de los intereses generales que tiene encomendados (medio ambiente, salud, protección social, protección de los consumidores y usuarios...) la Administración pública y la redefinición de las garantías de los ciudadanos ante el cambio de paradigma administrativo son dos elementos que deben propiciar un estudio más detenido y algunas propuestas de mejora de la normativa aplicable”. En los mismos términos se pronuncian DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., y MARTÍNEZ GUTIERREZ, R., “Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 155, “No es menos cierto que se hubiera requerido, una transposición y una adecuada preparación de la Administración pública para este cambio. Pues no era lo mismo retener y retrasar la autorización (o negarla aunque fuera extemporaneamente) que modificar el régimen jurídico y suprimirla, sin que la organización y su funcionamiento se hayan dotado de la adecuada estructura. Cabe al respecto compartir la duda de si con las nuevas previsiones (como algunas de las que incorpora la “Ley Ómnibus”, severamente criticadas por el Consejo de Estado, o por otros organismos- caso de la Comisión Nacional de la Energía, por ejemplo-), quedan suficientemente garantizados los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios, teniendo en cuenta que dicha ley no contempla un incremento o refuerzo de los mecanismos de inspección y control para acometer con eficacia el presunto control a posteriori”.

de un sistema de autorización previa, la pregunta que cabe plantearse es ¿Por qué el legislador estatal y los legisladores autonómicos correspondientes han sustituido las autorizaciones previas por controles posteriores si la Directiva que pretendían transponer permitía, en estos casos, el mantenimiento de controles previos?⁸⁷⁵. Sin duda, la respuesta a esta pregunta está relacionada, en mi opinión, con el erróneo “enfoque ambicioso” que el Gobierno del Estado, y los gobiernos autonómicos, han adoptado a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva⁸⁷⁶, en la que solo han tenido en cuenta los costes de intervención administrativa, dejando de lado los beneficios⁸⁷⁷. Esos beneficios están relacionados con la salvaguarda de intereses generales esenciales para la buena marcha de la economía.

En cualquier caso, parece claro que para ejercer estas funciones de control posterior de forma eficaz, la Administración puede ayudarse de determinadas entidades privadas colaboradoras⁸⁷⁸. Desde luego que, en muchos casos, cuando se pretendan controlar requisitos técnicos especialmente complejos, esto tiene mucho sentido. Sin embargo, en otras ocasiones, esas comprobaciones podrán llevarlas a cabo funcionarios

⁸⁷⁵ La pregunta tiene especial sentido en el sector turístico donde pese a que los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios constituyen, sin duda, una razón imperiosa de interés general, todas las comunidades autónomas, sin excepción, han procedido a sustituir los controles previos por controles posteriores, poniendo en riesgo, como veremos en el capítulo siguiente, la calidad de los servicios prestados y, en definitiva, el futuro de la propia industria.

⁸⁷⁶ Puede haber influido también la creencia, muy extendida, de que agilizar los trámites administrativos, reducir la carga documental en los procedimientos y facilitar el acceso a los profesionales y empresas al ejercicio de actividades de servicios (es decir, reducir la intervención administrativa en el acceso a las actividades de servicios) era la panacea para la recuperación económica. Sin embargo, como ha quedado demostrado, la eliminación de cargas administrativas puede coadyuvar a que las empresas y profesionales reduzcan costes a la hora de iniciar la actividad de que se trate, pero si no disponen de una adecuada financiación y apoyo fiscal, no podrán emprender sus negocios, aunque se elimine toda la intervención administrativa en los sectores correspondientes. En este sentido, es importante volver a hacer referencia a lo que indica VAQUER CABALLERIZA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, cit., pág. 109, “¿Qué son cargas administrativas? Jurídicamente carga es una situación jurídico pasiva o negativa que es preciso levantar para poder ejercer un derecho. Pero no parece ser esta la acepción utilizada [...] sino otra según la cual carga administrativa sería cualquier carga, obligación o deber legal desde o ante la Administración Pública y no para el ejercicio de cualquiera derechos, sino justamente de la libertad de empresa [...] Una noción so sólo reduccionista, sino también previa de una evidente carga valorativa negativa, ya que se pone el foco en los costes de regulación y deja en la sombra sus beneficios”, a esto lo denomina el autor “presunción general de onerosidad”.

⁸⁷⁷BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, cit., por su parte, señala que “... la desregulación no es una panacea ni supone en absoluto una descalificación de lo público”.

habituales. De cualquier modo, estos controles han planteado dudas a la doctrina⁸⁷⁹ sobre su legalidad.

3.3.- La necesaria implantación de la Administración Electrónica para un adecuado funcionamiento de los nuevos instrumentos de intervención administrativa.

Mucho se ha escrito ya sobre los beneficios que un adecuado desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento pueden tener en la Administración actual⁸⁸⁰. Así, se habla, sin ánimo de ser exhaustivo, de una mayor cercanía al ciudadano, la ausencia de “colas” en las oficinas Administrativas, la posibilidad de interactuar con la correspondiente Administración veinticuatro horas al día, siete días a la semana y trescientos sesenta y cinco días al año (24/7/365), registros electrónicos que permiten presentar solicitudes y comunicaciones cómodamente desde

⁸⁷⁹ Se refieren a estas entidades algunos autores como ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, cit., pág. 40, cuando se refiere a las fórmulas de certificación privada como alternativa a la ausencia de una declaración y cobertura administrativa preguntándose si no nos dirigimos al modelo estadounidense de licencia otorgada por la compañía de seguros como una “vía a través de la cual el comunicante puede alcanzar una seguridad, una referencia o cobertura sobre su cumplimiento con la legalidad aplicables es mediante la declaración de un tercero cualificado; sin embargo, la profesora NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, cit., pág. 115, estima que la “La obligación de acompañar la declaración o comunicación con una certificación, visado o similar de una entidad privada, que avale la conformidad a derecho de lo declarado o comunicado, es contrario a la Directiva Servicios puesto que en estos caso la entidad colaboradora asume el ejercicio de una función pública, de manera que, de suyo, nos encontramos ante una fórmula pública de control preventivo ejercido por un sujeto privado en lugar de la Administración.; Por su parte, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit., pág. 114. “Existen diversas cuestiones en relación con la actividad de control técnico que, salvo alguna excepción, no han recibido respuesta en los cambios normativos en relación con la Directiva Servicios y tampoco se advierten en la Ley de Economía Sostenible. Singularmente la naturaleza jurídica de su actividad; las garantías de fiabilidad e independencia de estas entidades técnicas cuando realizan controles técnicos substitutivos de los de la Administración; o la delimitación de la responsabilidad y de los recursos que proceden, son las cuestiones que suscitan más preocupación pero que están lejos de encontrar un tratamiento normativo adecuado”.

⁸⁸⁰ En este sentido, el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS “Administración electrónica y protección de datos personales”, *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, cit., pág. 26, ha ido más allá indicando, con pleno acierto en mi opinión, que “cuando hablamos del uso de tecnologías por parte de la Administración no sólo nos referimos al uso de medios informáticos o telemáticos en el procedimiento, sino a algo mucho más amplio y complejo. Por ello, utilizar la expresión-idea Administración Electrónica es sólo admisible si partimos de la base de que tal concepto engloba y encierra una riqueza temática mucho más amplia, que requiere una reflexión mucho más ambiciosa y profunda [...] La Administración electrónica es mucho más que el uso de las nuevas tecnologías para mejorar la Administración Pública. Implica una verdadera transformación de esta, *a new form of government*

nuestra casa, etcétera⁸⁸¹. Pero frente a esos beneficios existen, igualmente, algunos riesgos relacionados con los derechos de los ciudadanos en el procedimiento administrativo. Pese a que el procedimiento electrónico permite una mayor agilidad en la tramitación, no podemos olvidar que será necesario mantener determinados plazos de los que no se puede prescindir como el de audiencia, alegaciones, prueba, etcétera. En este equilibrio entre las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento y los derechos de los ciudadanos se encuentra, sin duda, el éxito de la Administración Electrónica⁸⁸².

No obstante lo anterior, lo cierto es que tanto los redactores de la norma comunitaria, como algunos autores que la han analizado, se han centrado en uno solo de los aspectos que ofrece la implantación de la Administración electrónica: la simplificación administrativa⁸⁸³. Esta visión, reduccionista en mi opinión, hubiera impedido analizar muchas otras cuestiones que pueden llegar a revolucionar el sistema de control administrativo establecido en la propia norma comunitaria, dejando sin importancia lo que se ha considerado esencial: la sustitución de controles posteriores por controles previos. En cualquier caso, han sido muchos los autores que, de manera

⁸⁸¹ PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar (a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, cit., pág. 48, “La perspectiva común es la utilización de técnicas electrónicas como elemento de mejora de la gestión pública, del acercamiento de la Administración a los ciudadanos, de mejora en el tratamiento de la información y, en general, por tanto, de consecución del objetivo general de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la CE”.

⁸⁸² Sobre Administración electrónica se puede consultar, como obra imprescindible, la que dirige el profesor PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.), “Administración Electrónica y ciudadanos”, Civitas, Madrid, 2011.

⁸⁸³ Véase, a modo de ejemplo, CIERCO SIEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración Electrónica”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, Iustel, 2009, pág. 6 “No cabe duda de que la introducción - implementación, por mejor decir- de los avances de la Administración electrónica puede repercutir de manera positiva y muy significativa en la simplificación de los procedimientos administrativos”; o, en el mismo sentido, VILLAREJO GALENDE, H., “Simplificación administrativa al servicio del mercado interior” en, RIVERO ORTEGA, R., (Dir.), *La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 455, “Sin duda, la creación, en un plazo razonablemente corto, de un sistema e procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores de servicios”. Sin duda, lo establecido por la profesora de la Universidad de Valladolid es muy cierto, pero en mi opinión, a lo que puede alcanzarse con la Administración electrónica es un objetivo mucho más amplio: beneficiar a los promotores de actividades de servicios, reduciendo los costes de establecimientos, a la par que se protegen eficazmente los intereses generales que están en juego.

ágil, han observado la potencialidad de una visión más amplia de la Administración Electrónica⁸⁸⁴

Es este sentido, como ha señalado el profesor José Luis PIÑAR MAÑAS muy acertadamente en mi opinión, “Cuando hablamos del uso de tecnologías por parte de la Administración no sólo nos referimos al uso de medios informáticos o telemáticos en el procedimiento, sino a algo mucho más amplio y complejo. Por ello, utilizar la expresión-idea Administración Electrónica es sólo admisible si partimos de la base de que tal concepto engloba y encierra una riqueza temática mucho más amplia, que requiere una reflexión mucho más ambiciosa y profunda”⁸⁸⁵. Es en este sentido en el que se puede indicar que la Administración Electrónica no sólo tiene como objetivo la simplificación de procedimientos administrativos para alcanzar mayor agilidad en la tramitación de los mismos, sino que las nuevas tecnologías inspiran un nuevo concepto en las relaciones entre los ciudadanos y Administración pública⁸⁸⁶ (y Poderes Públicos, en realidad).

Teniendo en cuenta lo anterior, y como ya se ha dejado apuntado, una adecuada implementación de la Administración electrónica es crucial para que los instrumentos de intervención administrativa recogidos en la Directiva Servicios funcionen adecuadamente en beneficio de los prestadores de servicios y, a su vez, la

⁸⁸⁴ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, cit., págs. 169, El libre acceso a las actividades y servicios en la unión no cabe sin la conexión de las distintas administraciones públicas utilizando las nuevas tecnologías y sin empezar a caminar hacia una Administración electrónica comunitaria; DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., y MARTÍNEZ GUTIERREZ, R., “Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 158, “Puede observarse una íntima o estrecha relación entre los postulados fundamentales de la Administración electrónica y los propósitos de la Directiva de Servicios que tiene como punto de conexión el establecimiento de mecanismos de Administración en materia de servicios”.

⁸⁸⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., “Administración electrónica y protección de datos personales”, cit., pág. 152.

⁸⁸⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L., “Administración electrónica y protección de datos personales”, cit., pág. 147, “No basta con subrayar sólo el hecho de que las Administraciones Públicas debe modernizarse al son de los avances tecnológicos, y adaptar en consecuencia su organización y procedimientos a la nueva y siempre mutable realidad, sino de proponer la necesidad de reconsiderar el concepto mismo de Derecho Administrativo y Administración”.

Administración cumpla su misión esencial de defensa de los intereses generales. Aunque se debe poner de manifiesto, igualmente, que no sólo mediante el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información se va a conseguir atajar todos los problemas planteados. Será necesario, también, una adecuada regulación, como veremos más abajo⁸⁸⁷.

Por ejemplo, según indicaba, uno de los problemas fundamentales de los nuevos sistemas de control posterior es, precisamente, que no se ha establecido un plazo mínimo para llevar a cabo esa comprobación *ex post*. Es decir, desde que se presenta la declaración responsable o comunicación previa no hay previsto un plazo mínimo determinado para que la Administración correspondiente realice la comprobación material. Pues bien, implantados los sistemas de información y garantizada la interoperabilidad⁸⁸⁸ entre todas las Administraciones públicas (y aún las entidades privadas necesarias)⁸⁸⁹, sería posible controlar el cumplimiento de muchos de los

⁸⁸⁷ CIERCO SEIRA, C., “La Administración Electrónica al servicio de la simplificación administrativa: Luces y sombras”, cit., pág. 177, “es fácilmente apreciable la existencia de una posición muy extendida que tiende a ver en lo electrónico un bálsamo que, por sí mismo, posee propiedades aplicables a la simplificación de cualquier procedimiento”.

⁸⁸⁸ Respecto a la interoperabilidad entre las distintas Administraciones públicas, como requisito previo necesario para una adecuada implantación de los nuevos sistemas de control administrativo, cabe mencionar el trabajo de GAMERO CASADO, E., “Interoperabilidad y Administración Electrónica: conéctense, por favor”, cit., pág. 293, donde se hace referencia a los beneficios de la interoperabilidad en el siguiente sentido: “Donde mejor se observa ese efecto (se refiere a los efectos beneficiosos de la interoperabilidad tales como el ahorro de dinero y tiempo) es en procedimientos que requieren el entablamiento (sic) de relaciones interadministrativas, o que exigen al ciudadano la realización de gestiones ante Administraciones diferentes, como por ejemplo la solicitud de escolarización para un hijo, en la que puede verse requerido de presentar el certificado municipal de empadronamiento, la declaración del impuesto de la renta, el libro de familia —para familias monoparentales en las Comunidades Autónomas que conceden puntos por esta circunstancia— o de familia numerosa, etc. Si los soportes informáticos de las diferentes Administraciones implicadas (Consejería autonómica de Educación que recibe la solicitud, Ayuntamiento que expide el certificado de empadronamiento, Agencia Tributaria que emite acreditación de la declaración, Registro Civil que certifica la familia monoparental, Registro autonómico de familias numerosas...) son interoperables, y se cuenta con una red que los interconecte, el ciudadano sólo tendrá que presentar su solicitud y autorizar el procesamiento de los datos, de modo que el sistema, con una serie de operaciones automáticas y sin necesidad de intervención humana, recabará toda la información mediante cruces de datos, ahorrando tiempo al ciudadano, evidentemente, pero también a las diferentes Administraciones implicadas, que no deben atender individualmente su petición y tomarse el tiempo de emitir la certificación que se les pide”. En el mismo sentido, pero de forma más contundente, se pronuncia CIERCO SEIRA, C., “Administración Electrónica y Directiva Servicios”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografía XII, 2010, pág. 355, donde califica a la interoperabilidad como “llave maestra” del sistema.

⁸⁸⁹ No obstante, hay que tener en cuenta que esa interoperabilidad no está aún desarrollada de manera adecuada, tal y como pone de manifiesto CIERCO SEIRA, C., “La Administración Electrónica al servicio de la simplificación administrativa: Luces y sombras”, cit., pág. 195, “porque la interoperabilidad de

requisitos exigidos en el mismo momento de la presentación de la declaración o comunicación por el interesado, con una simple consulta a la base de datos correspondiente. Y es que, en mi opinión, no tiene sentido demorar la comprobación de un requisito esencial hasta un momento posterior, si se puede realizar la comprobación en tiempo real mediante la imple consulta a una base de datos actualizada, y ello, además, sin que suponga una carga adicional para el interesado.

Es aquí, por consiguiente, donde juega un papel esencial el nuevo concepto de Administración que supone la Administración Electrónica. De hecho, no se puede hablar de una nueva configuración de los regímenes de acceso a las actividades de servicios sin tener en cuenta las nuevas tecnologías de la comunicación. La Administración electrónica se convierte así en un requisito imprescindible, esencial, de la nueva regulación administrativa de las actividades de servicios.

Esto que se acaba de indicar se deduce de la propia Directiva Servicios, donde literalmente se indica que “La creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes”⁸⁹⁰; o en su artículo 8.1, que reza “Los Estados miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes”. Aunque como se puede observar, existe la visión reduccionista a la que antes me refería, centrándose en la simplificación administrativa.

todos los sistemas de información de las distintas Administraciones Públicas es hoy una entelequia. Compartir datos e intercambiar información a la manera que indica el artículo 9 (de la LAECSP) está todavía muy lejos.

⁸⁹⁰ Considerando 52 de la Directiva Servicios.

Pero además, como ya se ha indicado, también ha sido puesto de manifiesto por parte de la doctrina española. No cabe duda, por tanto, de la relación existente entre las normas de transposición de Directiva Servicios en el ámbito estatal, y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAECSP)⁸⁹¹. En efecto, en mi opinión, existe una vinculación indisoluble entre las técnicas de intervención establecidas en la Directiva y desarrolladas en las normas de transposición y la LAECSP. Y es que, además, como ya se indicó en su momento, esta Ley ha sido considerada la primera norma de la Unión Europea dictada para llevar a cabo la transposición de la Directiva⁸⁹².

3.3.1- Consecuencias de la paralización en el desarrollo de la Administración electrónica.

Si tal como señalaba en el apartado anterior, la Administración electrónica y las nuevas técnicas de intervención administrativa se han de implementar de forma coordinada, la paralización en el desarrollo de la primera, debería haber detenido también, o al menos ralentizado, la definitiva instauración de las segundas. Pero no ha sido así.

Por un lado, la transposición de la Directiva Servicios debía hacerse por los Estados miembros, antes del 28 de diciembre de 2009, con la amenaza de posibles

⁸⁹¹ En este sentido cabe mencionar a RIVERO ORTEGA, R., “Simplificación administrativa y Administración Electrónica: Objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios”, cit., pág. 126, La realización de los principios de y derechos de los ciudadanos, hoy, pasa por la implantación de las nuevas tecnologías, luego el acoplamiento o integración de los dos textos puede ser una opción a barajar al regular estas cuestiones”; Igualmente, PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar (a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, cit., pág. 47,” En relación a las Leyes 11/2007, de 22 de junio y a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre “se trata de dos normas, aparentemente procedentes de bloques e impulsos normativos diferenciados pero cuyo análisis nos permite indicar que tiene muchos elementos de conexión y que, muy probablemente, su desarrollo deberá realizarse de forma coordinada”.

⁸⁹² SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración Electrónica y Directiva de Servicios: ¿Al servicio del mercado o paradigma de buena Administración?”, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 198, “La Ley 11/2007 ha sido la primera norma en la Unión Europea que se aprobó teniendo en cuenta la Directiva, no sólo en el ámbito de la Administración Electrónica, se trata de la Directiva, seguida de la Ley austriaca”.

sanciones por la Comisión (artículo 44.1 de la Directiva). Pese a que la mayoría de los Estados miembros han realizado la transposición tardíamente, se puede decir, sin temor a equivocarse, que la Directiva ya se encuentra incorporada a los ordenamientos de los Estados miembros, con todas sus consecuencias (sustitución, con carácter general, de los regímenes de control previo por los de control posterior). Así ha sido, también, en España⁸⁹³.

Sin embargo, por otro lado, si bien es cierto que la implantación de la Administración electrónica, en los términos establecidos en la LAECSP, era obligatoria para el Estado antes del 31 de diciembre de 2009 (Disposición Final Tercera 2 de la LAECSP); dicha implantación no era preceptiva para comunidades autónomas y entidades locales en aquella fecha, pues dependía de las correspondientes disponibilidades presupuestarias (Disposición Final Tercera apartado 3º y 4º)⁸⁹⁴. Es decir, la implantación y desarrollo de la Administración electrónica en las comunidades autónomas y entidades locales dependerá de la disponibilidad presupuestaria de cada

⁸⁹³ Esto no significa, por otro lado, que la transposición de la Directiva Servicios, no exija nuevos ajustes en la normativa vigente, pero, a grandes rasgos, la incorporación se puede entender realizada.

⁸⁹⁴ Disposición Final Tercera. Adaptación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de derechos.

2. En el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009. A tal fin, el Consejo de Ministros establecerá y hará público un calendario de adaptación gradual de aquellos procedimientos y actuaciones que lo requieran.

3. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

4. En el ámbito de las Entidades que integran la Administración Local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las Diputaciones Provinciales, o en su caso los Cabildos y Consejos Insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos.

una de ellas. Teniendo en cuenta la situación económica actual y las restricciones en el gasto público, no parece que se vaya a avanzar en este sentido⁸⁹⁵.

De acuerdo con lo anterior, parece que se ha optado, erróneamente en mi opinión, por desvincular los nuevos sistemas de intervención establecidos en la Directiva Servicios con la plena utilización de la Administración electrónica, al menos en las comunidades autónomas y las entidades locales, que a su vez son las competentes para recibir la inmensa mayoría de las comunicaciones previas y declaraciones responsables que se presenten por los interesados, así como de ejercer el correspondiente control posterior.

Y pienso que dicha desvinculación es errónea porque, como he tratado de explicar en los últimos párrafos, un adecuado desarrollo de las tecnologías de información en el ámbito administrativo, es imprescindible para que los instrumentos de intervención postulados por la Directiva Servicios sean eficaces. Sin Administración electrónica no podrá realizarse, por ejemplo, un adecuado control posterior, imprescindible como hemos visto, pues se requeriría una inversión de medios materiales y personales, así como formación de estos últimos, que las Administraciones públicas no parecen muy proclives a realizar en estos tiempos⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, cit., pág. 163, “Parece que el texto no se aprueba en el mejor momento económico. La implementación de un mercado libre en servicios en el ámbito de la UE requiere de un esfuerzo legislativo en países como Francia, Alemania, España o Italia. Pero esas reformas también suponen un sacrificio económico importante, en especial por las implicaciones que tiene la exigencia de tramitación *on line* y ventanilla única para los procedimientos que sean necesarios abrir por parte de los prestadores de servicios [...]. El libre acceso a las actividades y servicios en la unión no cabe sin la conexión de las distintas administraciones públicas utilizando las nuevas tecnologías y sin empezar a caminar hacia una Administración electrónica comunitaria.

⁸⁹⁶ En este sentido se manifiesta ESTEVE GARCÍA, F., Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios, cit., pág. 23, “Todo ello representa un enorme esfuerzo en medios humanos y materiales y un enorme coste económico y debería plantearse desde un serio objetivo de modernización, eficacia y mejora de todas las estructuras administrativas y de sus relaciones con los administrados. Mientras tanto, es evidente que si se procede a eliminar los controles *ex ante* y no funcionan adecuadamente los controles *ex post* ello puede conllevar un riesgo de descontrol y disfunciones que puede perjudicar la calidad de los servicios y los derechos de los consumidores

3.4- La regulación previa de los requisitos de acceso a las actividades de servicios como condición sine qua non para la eficacia de los nuevos sistemas de control.

Como se ha indicado, la comunicación previa y la declaración responsable consisten en la manifestación, por parte de los promotores de dichas actividades, de que cumplen los requisitos normativos establecidos en las normas correspondientes. Cumplimiento que la Administración competente deberá verificar con posterioridad mediante el control posterior. Es un sistema basado en la confianza de la Administración en el ciudadano⁸⁹⁷, es decir, el protagonismo recae en el particular comunicante o declarante que tiene que conocer y entender las normas que rigen la actividad a la que se pretende dedicar⁸⁹⁸.

Como es fácilmente comprensible, como condición previa necesaria para que este sistema pueda llegar a funcionar de manera eficaz, es que haya una adecuada regulación de todas y cada una de las actividades de servicios. Es decir, una regulación normativa en la que quede suficientemente claro los requisitos necesarios para poder comenzar a ejercer la actividad de que se trate, sin que haya lugar a dudas de interpretación. Esto exigirá de las Administraciones competentes en cada una de las materias, una actividad normativa para cubrir todas las lagunas existentes.

Porque, si no hay norma previa aplicable que regule los requisitos que los propios comunicantes o declarantes se han de aplicar, se habrá desnaturalizado todo el sistema. Si no están previstos los requisitos necesarios que los interesados han de cumplir para el acceso a las actividades de servicios, la Administración no les puede exigir su cumplimiento, como es lógico, con lo que no se podrá exigirles responsabilidades de ningún tipo por los daños que se ocasionen al interés general. En

⁸⁹⁷ NEVADO BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio” en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España, cit., pág. 177.

⁸⁹⁸ ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, cit., pág. 35.

este sentido, resulta muy esclarecedor lo que indica el profesor LINDE PANIAGUA: “para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles (legales y reglamentarios), regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso a la actividad para el ejercicio de la misma. En efecto, para que cada operador jurídico pueda comprobar por sí mismo si reúne o no los requisitos exigidos para el acceso y ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y exhaustividad. De la misma manera que un sistema de controles posteriores exige un régimen sancionador más intenso. Por lo que a la actividad de la administración se refiere, la circunstancia de que, eventualmente, abandone el control previo en relación a numerosas actividades, lejos de liberarla de cargas administrativas las incrementará y, además las reubicará, convirtiéndolas masivamente en actividades de control del ejercicio de actividad. En efecto, para cumplir sus nuevas funciones, las administraciones públicas no deberán cambiar sus procedimientos sino que deberán especializar a sus empleados públicos en las nuevas tareas; en particular generalizando los cuerpos de inspección”⁸⁹⁹.

Pues bien, esto, que parece obvio, está planteando en mi opinión, importantes problemas, pues existen numerosas actividades de servicios exentas de cualquier tipo de regulación, siquiera supletoria. Paradigmático es, en mi opinión, el caso del sector turístico⁹⁰⁰ donde, además, el Estado ha derogado las normas supletorias que, hasta el momento, eran las únicas existentes en muchos ámbitos concretos⁹⁰¹, dejando sin

⁸⁹⁹ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008, pág. 89; En la misma línea se pronuncia la profesora NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, cit., pág. 117, “Ha de notarse que la exigencia de una comunicación o declaración implica someter a control administrativo una determinada actividad o ejercicio de un derecho, lo que a su vez entraña una regulación previa de los mismos que establezca los parámetros de su lícito ejercicio”.

⁹⁰⁰ En el ámbito turístico cabe mencionar la indisoluble relación entre la actividad de ordenación y regulación del sector y el concepto de calidad turística. Así lo ha puesto de manifiesto, de manera meridiana, TUDELA ARANDA, J., “La problemática jurídica de la calidad turística”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 23, 2003, cuando indica que “Hay que subrayar la profunda relación entre la búsqueda de un turismo de calidad y la existencia de un conjunto normativo que traduce adecuadamente ese interés”.

⁹⁰¹ Derogación que se ha producido mediante el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.

regulación determinadas actividades turísticas esenciales para la economía de muchas comunidades autónomas⁹⁰².

Es, por consiguiente, el momento de reclamar una actividad regulatoria adecuada a las comunidades autónomas en materia de servicios. Si no, en efecto, podremos hablar no ya de una auténtica desregulación del sector, sino, incluso, de una verdadera inhibición de las Administraciones públicas en el ejercicio de su función constitucional de velar por los intereses generales.

⁹⁰² En el ámbito turístico, y sin ánimo de ser exhaustivo, se pueden citar como subsectores concretos como la restauración (Andalucía y Cataluña), centrales de reserva (Andalucía) o apartamentos turísticos (Madrid).

CAPÍTULO SEXTO

EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA SERVICIOS EN EL SECTOR TURÍSTICO ESPAÑOL

1.- Introducción

A lo largo de los capítulos anteriores, dedicados al análisis de la Directiva Servicios⁹⁰³, he hecho referencia, de manera especial, a cuestiones relacionadas con el sector turístico. Y es que no puede ser de otra manera, pues el turismo, tan importante para nuestra economía, es un ejemplo paradigmático de actividad de servicios⁹⁰⁴, y por tanto, queda afectado de lleno por la regulación de la norma comunitaria⁹⁰⁵, como de hecho, así ha sido, pues es el sector económico que más se ha visto afectado por las dichas reformas⁹⁰⁶.

⁹⁰³ Conviene recordar que el nombre completo de la Directiva es “relativa a los servicios en el mercado interior”.

⁹⁰⁴ O como dice el profesor MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de cientificación”, cit., pág. 50 “El turismo es un servicio que se produce con otros servicios”

⁹⁰⁵ BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, 2010, pág. 496, “El turístico es, por lo tanto, un subsector del mercado de servicios en el cual la transposición de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior («Directiva de servicios») está llamada a operar una transformación de gran relevancia”.

⁹⁰⁶ GÓMEZ ALONSO, M., y ÁLVAREZ BESTEIRO, I., “Principales reformas sectoriales: consolidación de la nueva cultura regulatoria”, cit., págs. 32-33, “Como resultado del proceso de transposición se estima la eliminación de 116 autorizaciones estatales, del orden de 633 autonómicas y la eliminación de 594 requisitos injustificados o desproporcionados. Más concretamente, el 20,43 por cien de los regímenes de autorización suprimidos corresponden a actividades de distribución comercial, el 26,43 por 100 al sector turístico”

Por ello, el sector turístico constituye un excepcional ejemplo para medir las consecuencias de la incorporación de la Directiva Servicios en nuestro ordenamiento jurídico⁹⁰⁷.

Y es que, además de ser un sector especialmente volátil⁹⁰⁸, o precisamente por ello, es un ámbito de la economía muy sensible a los cambios en el ordenamiento jurídico que regula las correspondientes actividades. De ahí también el riesgo, manifestado más arriba, de realizar la transposición de la Directiva Servicios sin la debida meditación y sosiego, ávidos de cumplir los plazos establecidos, sin ponderar adecuadamente los diferentes, y en ocasiones antagónicos, intereses en juego.

Porque la trasposición de la Directiva Servicios supone una importante transformación de nuestro Derecho administrativo⁹⁰⁹, y en concreto, de los mecanismos de intervención pública⁹¹⁰, lo que implica, a su vez, una nueva configuración de los

⁹⁰⁷ Cabe resaltar ciertas características del sector turístico que como servicio paradigmático pueden tener mucha importancia a la hora de analizar el impacto de la norma comunitaria. Así, siguiendo a MARTÍN VALLES, D., “Calidad en los servicios. Una aproximación metodológica”, *Estudios Turísticos*, núm. 139, 1999, pág. 16, podemos señalar como principales características de los servicios, su intangibilidad, su heterogeneidad, la imposibilidad de desvincular la producción de la demanda y, por último su instantaneidad. Esta última resulta especialmente importante, a los efectos de este trabajo, porque “obliga que los servicios se produzcan *just in time*, [...] se trata de una exigencia básica de la misma naturaleza del negocio que impide que los servicios prestados puedan ser rechazados tras un control de calidad a posteriori”. Es decir, la calidad de los servicios turísticos no puede ser medida a posteriori, habrá que garantizarla con carácter preventivo. De otra forma, el servicio prestado sin una mínima garantía de calidad, puede implicar una insatisfacción del turista y repercutir negativamente en la imagen del destino. De ahí la importancia de un control administrativo previo o simultaneo que garantice la calidad de todos los servicios turísticos.

⁹⁰⁸ ARCARONS SIMON, R., “Planificación turística de la Administración”, en *Gestión pública del turismo*, MIRABELL I IZARD, O (Coord.), cit., pág. 137, “En una posición de liderazgo turístico como la que vive nuestro país, el entorno general es cada vez más importante y en este marco el turismo representa un mercado muy sensible a la incertidumbre.”

⁹⁰⁹ Se ha llegado a hablar de “cataclismo” en el núcleo central de nuestro Derecho Administrativo, ⁹⁰⁹ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a servicios en el mercado interior”, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, cit., pág., 226; o de un “cambio de paradigma de enorme envergadura”, en MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit. pág. 302.

⁹¹⁰ De hecho, se debe poner de manifiesto que, de forma paradójica, el espíritu de la Directiva entra en conflicto con muchos de las acciones que la Unión ha decidido llevar a cabo en materia de turismo (Conferencia de alto nivel y reunión ministerial informal de Madrid de 14 y 15 de abril de 2010 (Doc. 9864/10 de 18 de mayo de 2010) donde se señala como una de las acciones fundamentales “promover el

tradicionales sistemas de control para el acceso a las actividades turísticas⁹¹¹ que han utilizado habitualmente las Administraciones públicas para garantizar la salvaguarda de determinados intereses generales íntimamente relacionados con el turismo⁹¹².

Como ya he tenido ocasión de señalar, no se trata de realizar una crítica ideológica a la Directiva Servicios y sus diferentes normas de transposición. Nada más lejos de la realidad y de mi intención, pues considero que la norma comunitaria es necesaria y puede servir de revulsivo a determinadas prácticas administrativas decimonónicas que, todavía hoy, en el siglo de las tecnologías de la información y del conocimiento, llaman poderosamente la atención⁹¹³. Pero tampoco se trata de cambiar el sistema de raíz, sin más⁹¹⁴. Es posible que existan determinadas malas prácticas

desarrollo de un turismo sostenible, responsable y de calidad, ya que la competitividad está estrechamente relacionada con su sostenibilidad, al depender la calidad de los destinos turísticos en una gran medida de su entorno natural y cultural y de su integración en la comunidad local. La sostenibilidad del turismo incluye aspectos como la utilización responsable de los recursos naturales, la consideración del impacto ambiental de las actividades (producción de residuos, presión sobre el agua, el suelo y la biodiversidad). A estos efectos, ver FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El marco estratégico de la política de turismo de la Unión Europea: Evolución y régimen vigente”, cit., pág. 33

⁹¹¹El profesor MELGOSA ARCOS, J., “Directiva de Servicios y Turismo: aproximación a la incidencia de la Directiva de Servicios en marco jurídico español”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 317, 2011, pág. 47, señala que La DS supone la eliminación, en el sector turístico, “de autorizaciones y requisitos hasta hace poco esenciales. Es decir, el marco de ordenación turística, tradicionalmente sometido a intervención administrativa a través del establecimiento de determinadas autorizaciones, es objeto de un cambio de mucha envergadura”.

⁹¹² En este sentido se pronuncia el profesor TUDELA ARANDA, J., “La organización administrativa del Turismo” en GARCÍA MACHO, R y RECALDA CASTELL, A (Dirs.); PETIT LAVALL, Mª V. (Coord.), *Lecciones del Derecho del Turismo*, cit., pág. 44, “La causa principal del muy notable intervencionismo que ha acompañado tradicionalmente al turismo, y, en consecuencia, de su notable estructura organizativa, hay que buscarla, sin demasiadas vacilaciones en la extraordinaria importancia económica del sector. Ahora bien, en el presente, comienza a ser obligado subrayar que junto al mantenimiento, indudable, de la causa citada, han comenzado a emerger otros motivos para mantener un elevado grado de intervencionismo. Son estas consecuencias de esas semillas constitucionales hoy convertidos en valores de referencia de la sociedad española. así, junto al mantenimiento de sus muy beneficiosos efectos económicos, la intervención administrativa busca en la actualidad otros objetivos como la preservación del medio ambiente, la recuperación del patrimonio histórico, la protección del turista como consumidor o usuario o la utilización del turismo como instrumento de ordenación del territorio y desarrollo de las zonas rurales más deprimidas.”

⁹¹³ Es fácil comprobar cómo todavía existen algunas Administraciones públicas que se resisten a utilizar el correo electrónico como instrumento habitual de comunicación con los ciudadanos.

⁹¹⁴ BERMEJO VERA, J., “Administración Pública y Turismo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 223, 1984, pág. 211, “no toda renovación normativa conduce, por sí misma, a resultados positivos si no se tienen en cuenta los defectos estructurales básicos que impidieron una correcta aplicación del entramado legislativo cuya reforma se estima aconsejable.

administrativas relacionadas con los controles previos que hay que eliminar, pero también es cierto que muchas Administraciones públicas no cuentan, todavía, con los medios materiales imprescindibles para llevar a cabo los controles posteriores. La implantación de los nuevos instrumentos de control administrativo posterior exige un esfuerzo presupuestario que, muchas administraciones, no pueden asumir⁹¹⁵.

Y puede que nos les falte razón a aquellos autores que, desde hace ya algunos años, vienen manifestando la incompatibilidad de los sistemas de autorización y licencia previa con el derecho a la libertad de empresa proclamado en artículo 38 de la Constitución⁹¹⁶. Pero tampoco se debe olvidar lo que, muy certeramente, ha puesto de manifiesto el profesor Francisco SOSA WAGNER cuando indica que “ésta saludable manifestación de la libertad de empresa, dirigida a afianzar el mantenimiento de la pureza de las reglas de juego, no puede comprenderse de forma maximalista, como si fuera el único precepto constitucional existente, pues, si así se procediera, se correría el riesgo de arruinar lisa y llanamente, el contenido de otros mandatos igualmente constitucionales”⁹¹⁷.

⁹¹⁵ Y no solo en un escenario económico como el actual, de estricta austeridad presupuestaria, sino incluso en situaciones más halagüeñas, muchos municipios no podrían hacer frente a las exigencias impuestas por la Directiva Servicios en relación a los controles posteriores, ventanillas únicas, rediseño procedimental, etcétera. En este sentido, llama la atención que algunas voces clamen contra las Diputaciones Provinciales como una Administración obsoleta y duplicada, sin competencias, cuando la función que desarrollan en este sentido puede resultar esencial. Así, no hay más que leer el artículo 36.1.b) de la LRRL para darse cuenta de ello cuando señala como competencias de esta Administración, “La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”.

⁹¹⁶ En este sentido, cabe referirse, sin ánimo de ser exhaustivo, al profesor GARCÍA RUBIO, F. “Licencias y establecimientos turísticos” en MELGOSA ARCOS, F. J., *Derecho y turismo*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 185, cuando indica, refiriéndose a las autorizaciones turísticas que “Este requisito, que puede criticarse en base al principio de libertad de empresa previsto en el artículo 38 de la CE...”, o, más recientemente, GARCÍA RUBIO, F., “La implantación de la directiva europea de servicios y sus consecuencias sobre las licencias, en especial la de establecimiento y funcionamiento de actividades turística”, *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2010, refiriéndose de nuevo a la autorización turística “Este requisito que hemos criticado en base al principio de libertad de empresa prevista por el artículo 38 de la Constitución...”; CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 72. “La autorización administrativa, como técnica de intervención administrativa supone una limitación de la libertad de empresa”.

⁹¹⁷ SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 31.

Y es que, en este sentido, como ha indicado el profesor Gustavo ZAGREBELSKY, “para que la coexistencia de los principios y valores sea posible, es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno solo de ellos. Concebido en términos absolutos los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos. Por lo demás es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente”⁹¹⁸

Así, igualmente, me voy a servir de un ejemplo que el profesor Stefano RODOTÀ ha utilizado para justificar ciertas intervenciones del Estado en algunas materias: “No es paternalismo. La libertad de circulación no se ve coartada por el hecho de que existan reglas del Código de la circulación y una obligación de obtener una homologación pública de seguridad antes de poner un vehículo en el mercado. Con mayor razón, se precisa un cuidado público de los intereses de las personas cuando están en juego tantos bienes fundamentales como la salud y la propia vida”⁹¹⁹.

De acuerdo con todo lo anterior, en los próximos epígrafes trataré de analizar las consecuencias que una mala interpretación de la Directiva y de sus normas de transposición pueden acarrear a un sector como el turístico, vital para la economía de nuestro país. Y es que, como tendré oportunidad de desarrollar más adelante, está en juego uno de los valores esenciales de nuestro producto turístico: la calidad. Calidad que ha sido el objetivo esencial de todas las políticas turísticas desarrolladas por las comunidades autónomas⁹²⁰ desde que a principios de los años noventa del siglo pasado comenzaron a dictar las primeras leyes de ordenación integral del sector.

⁹¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pág. 125.

⁹¹⁹ Stefano RODOTÀ, en *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, cit., pág. 275.

⁹²⁰ Tal y como muestran las Leyes de turismo de todas y cada una de las comunidades autónomas. Así, Artículo 9 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía; Artículo 1.1 de la Ley

Así, en primer lugar, me refiero a la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico distinguiendo aquellas comunidades autónomas que han liberalizado más intensamente el sector, de aquellas otras que, por el contrario, han hecho una interpretación más restrictiva de la norma comunitaria.

En segundo lugar, analizaré las consecuencias de la transposición de la Directiva en cada uno de los subsectores turísticos para determinar, en qué supuestos se ha decidido suprimir los controles previos y en cuales, por el contrario, se ha decidido mantenerlos y por qué.

Por último, analizaré el impacto que la norma comunitaria puede tener sobre cada uno de los elementos esenciales del sector turístico en nuestro país y los principales agentes. Desde la ordenación territorial, pasando por el medio ambiente, hasta los consumidores y usuarios turísticos. Para, posteriormente, plantear, una serie de soluciones que, en mi humilde opinión, podrían hacer más adecuado el sistema.

Pero, repito, se debe poner de manifiesto que el centro de gravedad de todo el trabajo lo constituye el concepto de calidad del turismo. Entiendo, como ya he manifestado más arriba, que toda la intervención administrativa en el sector debe girar en torno al mantenimiento de unos niveles mínimos de calidad en la oferta turística,

8/2012, de 19 de julio, de turismo de Illes Balears; Artículo 4.3 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha; Artículo 1.2.h) de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León; Artículo 3 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña; Artículo 1.1.c), de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia; Artículo 4.2 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia; Artículo 4.a) de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid; Artículo 19 de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana; Artículo 4.c) de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo; Artículo 4.g) del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón; Artículo 4.b) de la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo de Asturias; Artículo 17 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, donde viene configurado como un derecho subjetivo y; Artículo 27 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias.

pues ha sido la base del éxito del sector en los últimos años, en contraposición del modelo desarrollista implementado hasta los años noventa del siglo pasado.

Lo que se pretende demostrar en todas estas páginas es que una transposición irreflexiva de la Directiva en el sector (flexibilizando los controles administrativos previos, eliminado la autorización como sistema general de acceso y configurando de forma inadecuada los controles posteriores), puede afectar a la calidad de la oferta turística, transformando la demanda, y echando por tierra, si se me permite la expresión, todo el trabajo realizado desde las primeras Leyes de turismo aprobadas por las comunidades autónomas⁹²¹.

Se puede decir, sin temor a caer en la exageración, que estamos en un momento crucial en la evolución del sector. Si los poderes públicos actúan con la debida responsabilidad, la industria saldrá reforzada, sin duda, de esta complicada tesitura⁹²². Pero, por el contrario, si no se aprovecha adecuadamente la oportunidad ofrecida por la norma comunitaria, incorporándola a nuestros ordenamientos autonómicos de forma irresponsable, sin ponderar de manera adecuada los intereses en liza, el sector, lejos de avanzar en el camino indicado de la calidad, sufrirá un retroceso, volviendo a unos niveles similares a la época del “sol y playa”. En este sentido, se podría hablar de una involución en el desarrollo del sector turístico.

Y es que, en mi opinión, uno de los principales riesgos que la Directiva Servicios puede suponer para el sector turístico, es el de establecer una visión excesivamente economicista del mismo, fomentando la oferta sin tener en cuenta otros conceptos básicos esenciales para un crecimiento ordenado y sostenible que garantice

⁹²¹ La primera Ley integral sobre turismo se aprueba en el País Vasco en el año 1994, y aun sigue vigente pese a la incorporación en el sector turístico de la Directiva Servicios.

⁹²² Las crisis económicas pueden servir de revulsivo para el sector turístico y constituir un punto de inflexión en la materia. Así ocurrió con la crisis económica de principios de los noventa del siglo XX que para el profesor José TUDELA ARANDA “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit. pág. 294, para quien “La aparición de la crisis económica tuvo como ventaja el que se asumiesen los mismos (se refiere a los principios constitucionales de protección del medio ambiente, etc.), como detonantes de la nueva política a desarrollar”.

una calidad mínima adecuada a los servicios prestados. Y para ello es imprescindible una intervención eficaz y eficiente de la Administración pública correspondiente. En este sentido, resultan sumamente reveladoras las palabras del profesor de la Universidad de Zaragoza, José BERMEJO VERA que literalmente indica, respecto a esa visión economicista a la que me refería, que “puede provocar desequilibrios notables en otros sectores productivos, eliminación o sustitución de actividades económicas aparentemente menos rentables y, en último término, generación de inversiones de muy escaso futuro y consistencia”⁹²³. En la misma línea, el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Omar BOUZZA ARIÑO señala, con mucho acierto, que “Así, como en la industria del turismo el sector privado tiene una fuerza muy destacada y tenderá normalmente a obtener el máximo beneficio económico, se considera necesaria la intervención del sector público para proporcionar un equilibrio más justo teniendo en cuenta otros elementos”⁹²⁴.

2.- Transposición de La Directiva Servicios en el sector turístico español.

2.1.- El denominado “bloque normativo de la liberalización” del sector turístico

Procedo a explicar, a continuación, la razón de la utilización de esta expresión⁹²⁵ para referirme a las normas de transposición de la Directiva Servicios en las comunidades autónomas. En cualquier caso, estimo necesario aclarar, con carácter previo, que sólo pretendo, con la utilización de este término, facilitar la referencia a un entramado normativo que, por su complejidad, a veces resulta difícil de aprehender. Aunque sí debo explicar, sin embargo, a que me voy a referir cuando utilice dicha denominación⁹²⁶.

⁹²³ BERMEJO VERA, J., “Administración Pública y Turismo”, cit., pág. 216.

⁹²⁴ BOUZZA ARIÑO, O., *La planificación territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico*, cit., pág. 54.

⁹²⁶ Como ha explicado magistralmente el profesor RUBIO LLORENTE, F., EN “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pág. 15, “en la práctica

En primer lugar, se trata de un bloque normativo que tiene su origen en la Directiva Servicios. Como tal Directiva, tiene que ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros dentro de un plazo determinado⁹²⁷, por lo que exige una actividad normativa que, en algún caso, podría calificarse de frenética⁹²⁸. Además, estamos ante una norma que debe ser transpuesta por los Estados miembros independientemente de la organización territorial interna y de la distribución de competencias, lo que en el caso español, como es conocido, ha supuesto una complejidad añadida al proceso⁹²⁹ ya que las competencias sobre el turismo corresponden en exclusiva a las comunidades autónomas en virtud del artículo 148.1.18 de la CE (promoción y ordenación del turismo), y son estas, por tanto, las que han debido adaptar todo su ordenamiento jurídico-turístico. El resultado de dicho proceso de incorporación, que ha generado una ingente cantidad de normas jurídicas, es lo que aquí se denomina con el concepto de “bloque normativo”. Por consiguiente, se trata de un bloque normativo porque su origen es común (la Directiva Servicios) y su finalidad, como veremos a continuación, la misma. Pero sus contornos no son precisos y las normas que lo integran sufren constantes modificaciones. Aun así, pienso que se puede denominar, muy gráficamente, “bloque normativo”.

Por otro lado, le añado el calificativo de liberalizador porque es esta, en definitiva, la función que la Directiva y las normas de transposición cumplen en el sector servicios. Y en mayor medida, si cabe, el ámbito turístico. Es decir, se trata de un bloque normativo que pretende llevar a cabo una liberalización del sector turístico

del Derecho hay siempre una tendencia a argumentar como si los simples nombres fuesen categorías bien definidas de cuya existencia se derivan consecuencias normativas”.

⁹²⁷ En el caso concreto que nos ocupa, tal y como se indica en el artículo 44.1 de la Directiva Servicios, la norma debía estar incorporada antes del 28 de diciembre del 2009.

⁹²⁸ El término “legislación motorizada” a la que se refería SMIDT, C., cobra, en este caso, todo su sentido.

⁹²⁹ URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios”, en la obra colectiva *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 46, señala el autor que “La adaptación al Derecho interno de una norma como la Directiva de Servicios es una labor de extrema complejidad”.

flexibilizando los instrumentos de intervención administrativa⁹³⁰, y ampliando no solo las libertades comunitarias de prestación de servicios y establecimiento, sino, yendo más allá, cambiando incluso la configuración constitucional interna de la libertad de empresa⁹³¹. Por ello, desde una perspectiva económica la norma comunitaria puede ser calificada de "liberal"⁹³². Y si la norma de origen, o norma madre⁹³³, como también ha sido denominada, puede calificarse como liberal, las normas que se dictan como consecuencia de la misma también lo son, aunque, como tendré ocasión de explicar, con diferente intensidad en función de la comunidad autónoma correspondiente.

Estas dos razones justifican, en mi opinión, que podamos referirnos a este conjunto normativo referido con el término de "bloque normativo de la liberalización del sector turístico". Sin más pretensiones, repito, que las de designar un grupo de normas con un origen y una finalidad común.

Pero para dar mayor claridad a la exposición, procedo a señalar, a continuación, las diferentes capas o fases⁹³⁴ de las que está formado el bloque normativo referido:

2.1.1- La Directiva Servicios como norma de referencia del proceso liberalizador en el sector. Problemas competenciales.

⁹³⁰ En concreto, como sabemos, se pretenden eliminar los controles administrativos previos (autorizaciones), salvo cuando deban mantenerse porque así vengan justificado por una razón imperiosa de interés general, (además de cumplir los principios de no discriminación y proporcionalidad), y sustituirlos por mecanismos de control posterior (declaraciones responsables o comunicaciones previas).

⁹³¹ En este sentido se pronuncia, de forma muy acertada en mi opinión, el profesor MUÑOZ MACHADO, S., en "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios", en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., págs. 303-304.

⁹³² VILLAREJO GALENDE, H., "La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: una perspectiva general", cit. pág. 31.

⁹³³ FERNÁNDEZ DÍAZ, A., "Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías", en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., pág. 158

⁹³⁴ MARCOS FERNÁNDEZ, F., "Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva Servicios en la regulación autonómica", cit., pág. 274, habla de "transposición en doble fase o doble escalón"; En el mismo sentido, LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, cit., págs. 58 y 59.

La Directiva Servicios es la norma que origina todo este proceso normativo liberalizador del sector turístico, pese a que, como ya se ha mencionado, no existe una clara competencia comunitaria sobre la materia. Y es que el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea indica, en relación al turismo, que la Unión “dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros”. Por su parte, el artículo 195.1 indica que “La Unión complementará la acción de los Estados miembros en el sector turístico, en particular promoviendo la competitividad de las empresas de la Unión en este sector” señalando como objetivos “fomentar la creación de un entorno favorable al desarrollo de las empresas en este sector; y propiciar la cooperación entre Estados miembros, en particular mediante el intercambio de buenas prácticas”. El párrafo segundo del artículo 195 establece, por otro lado, que “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán las medidas específicas destinadas a complementar las acciones llevadas a cabo en los Estados miembros para conseguir los objetivos mencionados en el presente artículo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. La Unión Europea, por consiguiente, no tiene más competencia sobre el turismo que la de complementar la acción de los Estados miembros en la materia.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la Directiva se dicta al amparo de los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento, es decir, el fundamento de la norma se encuentra en la libertad de establecimiento y en la libre prestación de servicios, lo que, sin duda, incluye al sector turístico. Sin embargo, esta competencia relativa a los servicios y a su establecimiento, no es suficiente, según estimo, para prohibir a los Estado miembros el uso de determinados mecanismos de intervención administrativa utilizados como instrumentos para la consecución de determinados objetivos de política turística⁹³⁵ nacional, como puede ser el aumento de la calidad en los servicios prestados, mantener una adecuada capacidad de carga⁹³⁶, etcétera.

⁹³⁵ Por política turística se entiende, según HORNO OCTAVIO, C, “La visión institucional de la política turística”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 77, “el conjunto de actuaciones y medidas emprendidas por los poderes públicos en relación a la actividad turística. Igualmente, se puede ver JAIMEZ GAGO, M^a. I., *Políticas públicas y Turismo*, Consejería de

Y es que, como ya se ha mencionado, la propia Comisión reconoce en uno de los documentos que preceden a la aprobación de la Directiva Servicios la escasa competencia que tiene en materia turística. Así, en el Informe COM (2003) 313 final, Bruselas, 6.6.2003⁹³⁷, página 12, se indica que “El Tratado no ofrece un fundamento legal específico para acciones comunes en el sector del turismo. El papel de la Comisión es sobre todo de coordinación y de catalizador. Por consiguiente, son escasas las disposiciones comunitarias con una repercusión directa y de primer orden sobre la seguridad de los servicios en el sector del turismo. Las que existen dependen de políticas en otros ámbitos y su objetivo primordial es a menudo el funcionamiento adecuado del mercado interior”.

Es decir, **la Unión Europea se reserva, en materia turística, las competencias relacionadas con el desarrollo de la competitividad de las empresas, dejando a los Estados miembros que sean los que se ocupen del fomento de la calidad y la protección de los consumidores y usuarios a través de sus políticas internas.** Además, esto no es incompatible con lo establecido en la Directiva Servicios que, si bien es cierto que obliga a los Estados miembros a flexibilizar los controles de acceso, sustituyendo, con carácter general, las autorizaciones y controles previos por declaraciones responsables y controles posteriores, no es menos cierto que permite mantener los sistemas tradicionales de control (autorizaciones y licencias) si existen razones imperiosas de interés general que así lo justifiquen (siempre que se respeten, igualmente, los principios de proporcionalidad y no discriminación), como lo es, en este

Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2004. Por su parte, siguiendo a ARCARONS SIMÓN, R., *Manual de Derecho Administrativo Turístico*, cit., pág. 49, “Se define política turística como el sistema de procedimientos e iniciativas que el Estado determina y pone en marcha con finalidad de obtener la más completa y orgánica valoración de sus propios recursos turísticos, así como de permitir el goce de ellos”.

⁹³⁶ Respecto al concepto de capacidad de carga cabe mencionar a FULLANA, P., y AYUSO, S., *Turismo sostenible*, cit., pág. 31, donde se cita el denominado Modelo de BUTLER que establece que los destinos tienen un límite en el volumen e intensidad del desarrollo turístico por encima del cual se vuelve insostenible y decae, afectando de manera muy negativa a la calidad turística.

⁹³⁷ Este documento, titulado *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores* resulta esencial, pues pone en valor las políticas de los Estados miembros en materia turística, reservándose la Unión europea las competencias relativas al desarrollo de la competitividad de las empresas.

caso, la protección de consumidores y usuarios, la protección del medio ambiente, o la calidad de la oferta turística.

2.1.2- Las normas estatales de transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico. Especial referencia al Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.

Ya he analizado en otro lugar las normas estatales de transposición de la Directiva Servicios. Desde la LAECSP, pasando por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; o la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, todas ellas, en desarrollo de la Directiva, implican una reforma en los mecanismos esenciales de intervención administrativa a nivel general, aunque ninguna se refiere en concreto al sector turístico pues, como es sabido, su ordenación corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas.

Pero no obstante lo anterior, cabe mencionar, por su importancia, una norma dictada por el Estado que, sin tener rango de Ley, ha afectado, de manera muy importante, al sector turístico. Me refiero, en concreto, al Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio que, como su propio nombre indica, **supone la derogación de toda la normativa estatal en materia de turismo aprovechando la transposición de la Directiva Servicios a nivel estatal**⁹³⁸. La Exposición de Motivos de la norma

⁹³⁸ En concreto, el artículo único del Real Decreto establece lo siguiente:

Derogación de disposiciones.

1. Quedan derogados los Decretos y Reales Decretos que se relacionan a continuación:

- a. Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas.
- b. Decreto 2482/1974, de 9 de agosto, de medidas de ordenación de la oferta turística.

justifica dicha decisión, por un lado, en la exclusividad competencial que corresponde a las comunidades autónomas, y por otro, en “que se considera necesario derogar expresa y formalmente para que las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de sus competencias, adopten las correspondientes normas de ordenación, que obviamente deberán ser conformes con lo establecido en la Directiva 2006/123/CE”⁹³⁹.

En definitiva, lo que se pretende es eliminar todo el Derecho supletorio estatal en materia turística para que las comunidades autónomas ejerzan su potestad normativa en la materia y lleven a cabo la ordenación de los correspondientes subsectores turísticos.

-
- c. Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales.
 - d. Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio, sobre ordenación de establecimientos hoteleros.
 - e. Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viajes.

2. Asimismo quedan derogadas las órdenes ministeriales que se relacionan a continuación:

- a. Orden del Ministerio de Información y Turismo de 20 de noviembre de 1964, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Empresas y Actividades Turísticas.
- b. Orden del Ministerio de Información y Turismo de 17 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de restaurantes.
- c. Orden del Ministerio de Información y Turismo de 18 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de cafeterías.
- d. Orden del Ministerio de Información y Turismo de 28 de julio de 1966, por la que se aprueba la ordenación turística de los campamentos de turismo.
- e. Orden del Ministerio de Información y Turismo de 17 de enero de 1967, por la que se aprueba la ordenación de apartamentos, *bungalows* y otros alojamientos similares de carácter turístico.
- f. Orden del Ministerio de Información y Turismo de 11 de agosto de 1972, por la que se aprueba el Estatuto de los directores de establecimientos de empresas turísticas y se dictan normas sobre inscripción en el registro correspondiente
- g. Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 14 de abril de 1988, por la que se aprueban las normas reguladoras de las Agencias de Viajes.

⁹³⁹ Párrafo 4º de la Exposición de Motivos

El problema fundamental, como es fácilmente comprensible, radica en aquellas comunidades autónomas en las que, por falta de normativa propia, venían aplicando las normas supletorias estatales. En estos casos, si no se han aprobado con posterioridad las normas correspondientes, como ha ocurrido en algunos supuestos que analizaré de manera detallada más abajo, se habrá producido una auténtica desregulación de sector, pues muchos subsectores turísticos estarán en una auténtica situación de anomia⁹⁴⁰, creando, en mi opinión, una situación de inseguridad jurídica y afectando de manera muy negativa a la calidad del turismo⁹⁴¹. No parece adecuada esta política turística, sobre todo si tenemos en cuenta lo que ha manifestado el profesor José TUDELA ARANDA en relación con las políticas de liberalización del sector turístico “y es que, (citando al profesor) puede decirse que es afirmación comúnmente aceptada la de que la liberalización causa efectos perversos en el turismo. En efecto, si se quiere un turismo sostenible, un turismo amparado en criterios de calidad, que proteja al turista y garantice su seguridad, si se quiere utilizar el turismo como un instrumento de desarrollo de las zonas más desfavorecidas el poder público está obligado a una intervención activa y enérgica”⁹⁴²

La ausencia de regulación ocasiona inseguridad jurídica en el sector. Esta inseguridad y falta de certeza viene agravada, a mayor abundamiento, por la sustitución general de los sistemas de control administrativo previo por los sistemas de control posterior. Y es que, acudiendo a un ejemplo ya mencionado, el promotor de una actividad turística que no está regulada, no podrá indicar en una comunicación previa o una declaración responsable que cumple con todos los requisitos normativos, pues simple y llanamente, no hay requisitos normativos que cumplir, ya que no están regulados⁹⁴³. A esta cuestión se ha referido de forma muy clara el profesor LINDE

⁹⁴⁰ Véase, a modo de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, lo que ha ocurrido en la Comunidad de Madrid con los el sector de los apartamentos turísticos, que ha quedado sin regulación después de la derogación de las normas supletorias estatales.

⁹⁴¹ En este sentido se pronuncia TUDELA ARANDA, J., “La problemática jurídica de la calidad turística”, cit., cuando indica que “Hay que subrayar la profunda relación entre la búsqueda de un turismo de calidad y la existencia de un conjunto normativo que traduce adecuadamente ese interés”.

⁹⁴² TUDELA ARANDA, J., en “Un nuevo Derecho para un nuevo turismo”, cit., pág., 282, hace referencia a la importancia de mantener unas normas y una acción pública adecuada para mantener unos altos niveles de calidad turística.

PANIAGUA, al manifestar que “Para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles (legales y reglamentarios), regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso a la actividad para el ejercicio de la misma. En efecto, para que cada operador jurídico pueda comprobar por sí mismo si reúne o no los requisitos exigidos para el acceso y ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y exhaustividad”⁹⁴⁴

2.1.3.- La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala III, Sección 3ª) de 14 de diciembre de 2010.

Respecto a la norma reglamentaria referida en el párrafo anterior, el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, hay que mencionar que ha sido objeto de impugnación mediante recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Gestores de Vivienda de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid (en adelante ASOTUR), resuelta por sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2010⁹⁴⁵.

La Asociación ASOTUR, solicitaba la declaración de nulidad de la disposición reglamentaria “por su desconformidad a Derecho”, argumentando que “la derogación de la única normativa que regula las Viviendas Turísticas Vacacionales en la Comunidad de Madrid⁹⁴⁶ es desacertada y contraria a Derecho” ya que “La derogación por la disposición impugnada de la única normativa (estatal) por la que se regulaban

⁹⁴⁴ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, cit. pág. 89. En el mismo sentido se ha pronunciado NUÑEZ LOZANO, Mª, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones,” cit., pág. 117, cuando indica que “Ha de notarse que la exigencia de una comunicación o declaración implica someter a control administrativo una determinada actividad o ejercicio de un derecho, lo que a su vez entraña una regulación previa de los mismos que establezca los parámetros de su lícito ejercicio”.

⁹⁴⁵ Referencia (RJ\2010\9066)

⁹⁴⁶ Se refería al Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre.

las viviendas vacacionales en la Comunidad de Madrid obedece a la (ya remota) asunción de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Turismo, de modo que deben ser ellas las que, dentro de su respectivo ámbito territorial, disciplinen la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales (como así lo han hecho la mayoría de Comunidades, que tienen regulado con detalle ambas modalidades de explotación turística, salvedad hecha a la Comunidad de Madrid”. Se indica, además, que la regulación efectuada en la normativa anterior no era contraria a la Directiva Servicios, pues lejos de establecer un sistema de control previo para el acceso a la actividad, se trataba de un procedimiento “sumamente sencillo”⁹⁴⁷, desprovisto de formalidades jurídicas y de trabas administrativas y que, por ende, cumple, pese a su aparente antigüedad, con los principios que inspiran la precitada Directiva: libertad de circulación y establecimiento.

El Estado, por su parte, defiende la conformidad a Derecho del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, argumentando que el Estado no es competente para regular esta materia, pues está atribuida con carácter exclusivo a las comunidades autónomas. De regularse la materia por el Estado, continua el Abogado del Estado, se habría infringido el artículo 149.3 de la CE, pues se estarían dictando normas estatales con vocación de supletoriedad. Por tanto, no quedaba más remedio, según la demandada, que derogar la correspondiente normativa.

El Tribunal Supremo para resolver el recurso define el debate en sus justos términos: “la razón de la impugnación se encuentra en que la derogación acordada en el Real Decreto tiene el efecto de generar un vacío legislativo en el sector en la Comunidad de Madrid, toda vez que esta no ha dictado legislación que regule la específica materia de apartamentos y viviendas turísticas, a pesar de ser de competencia autonómica”⁹⁴⁸. Además, “no existe ningún obstáculo constitucional o legal a que el Estado pueda derogar su normativa, puesto que se trata de una facultad inherente al ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al poder Ejecutivo, que incluye

⁹⁴⁷ Fundamento de Derecho Primero, párrafo séptimo.

⁹⁴⁸ Fundamento de Derecho Segundo, párrafo primero.

además de dictar las correspondientes normas de regulación, la derogación de su anterior normativa. La adaptación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios del mercado interior y su incorporación al ordenamiento interno mediante las mencionadas Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 23 de noviembre (sic) justifica de forma razonable la derogación acordada⁹⁴⁹.

En efecto, la sentencia, en principio, es correcta, ya que el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, es acorde al ordenamiento jurídico. En primer lugar, parece acertado decir que la potestad reglamentaria del Estado incluye la posibilidad de derogar la normativa correspondiente cuando se estime oportuno por el Gobierno. Además, el Estado no puede dictar normas para regular una materia con vocación supletoria. En definitiva, “no existe ningún obstáculo constitucional o legal a que el Estado pueda derogar su normativa”.

Sin embargo, la sentencia contiene algún argumento que, en mi opinión, resulta erróneo. Por ejemplo, se indica que la transposición de la Directiva Servicios en nuestro Ordenamiento jurídico implicaba, necesariamente, derogar la normativa turística estatal en vigor por ser contraria a la mencionada norma comunitaria (Fundamento de Derecho Segundo, párrafo séptimo). Algo con lo que yo no estoy de acuerdo ya que esa decisión no venía impuesta por la Directiva, sino que se trata de una decisión del Gobierno, que pretendía liberalizar en mayor medida el sector turístico sin tener en cuenta que muchas comunidades autónomas no habían regulado los correspondientes subsectores, produciéndose, materialmente, una auténtica desregulación. Además, hay que mencionar que algunas de las normas derogadas, consideradas obsoletas, estaban perfectamente alineadas con los objetivos de una política turística sostenible y de calidad. Así, basta mencionar el Decreto 2482/1974, de 9 de agosto, de Medidas de Ordenación de la Oferta Turística, en cuyo artículo 1.2 se contenían las competencias del Ministerio de Información y Turismo relacionadas con la ordenación, vigilancia, regulación y coordinación de toda clase de actividades turísticas y entre las que se encontraban atribuciones íntimamente relacionadas con la consecución de objetivos

⁹⁴⁹ Fundamentos Jurídicos Séptimo y Octavo.

antes mencionados⁹⁵⁰. En palabras de Francisco Javier BLANCO HERRANZ, “la lectura de este texto nos indica nítidamente que los objetivos básicos perseguidos por la Administración Turística en dicha etapa giraban en torno a consideraciones como la previsión de limitar el crecimiento cuantitativo y cualitativo de la oferta al potencial que pudiera experimentar la demanda, la búsqueda de equilibrio entre oferta e infraestructura territoriales, condicionar la nueva oferta de alojamiento a la conservación del medio ambiente, o impulsar la innovación empresarial para la mejora de la competitividad. Estas consideraciones, que no olvidemos se encuentran insertas en textos normativos redactados hace más de treinta años, no pueden merecer otro calificativo que la de estar alineadas perfectamente con los actuales objetivos del desarrollo sostenible, o los de calidad y competitividad que perviven, como hemos visto, con luz propia en la cúspide de los principios generales de nuestro nuevo Derecho del Turismo”⁹⁵¹

Y es que, como ya he tenido ocasión de manifestar más arriba, considero que la garantía de una mínima calidad en la prestación de servicios turísticos debería ser considerada como una razón imperiosa de interés general que justificase un control administrativo previo y, por ende, la correspondiente regulación previa de la actividad de que se trate. La indudable importancia económica del sector, avala, según entiendo, dicha tesis. No cabe duda de que una mala política de calidad turística, que no asegure

⁹⁵⁰ Así, el artículo 1.2 del Decreto 2482/1974 establece como atribuciones del Ministerio de Información y Turismo:

- a) Acomodar la expansión de la oferta turística en sus aspectos cualitativo, cuantitativo y territorial a las condiciones de la demanda actual y de la potencia previsible.
- b) Equilibrar el ritmo de las nuevas construcciones en instalaciones turísticas al desarrollo al del desarrollo de la infraestructura del territorio.
- c) Condicionar las construcciones o instalaciones para que no se produzca deterioro del medio ambiente no degraden la adecuada utilización de los alicientes motivadores del turismo.
- d) Promover el cambio de estructuras empresariales para mejorar sus condiciones de rentabilidad, gestión y competitividad en el mercado.

⁹⁵¹ BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, en *El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico: una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, cit., págs. 132 y 133.

unos altos niveles de calidad, puede implicar, para muchas comunidades autónomas, la pérdida de su principal fuente de ingresos económicos. Y tampoco puede haber duda de que una adecuada política de calidad turística debe estar cimentada por una actividad normativa previa que reglamente el sector de forma adecuada y suficiente.

Además, si bien es cierto que la promoción y ordenación del turismo corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas, no es menos cierto que el Estado puede ejercer también competencias en la materia. Así ha sido puesto de manifiesto por alguna sentencia del Tribunal Constitucional, en concreto la Sentencia núm. 88/1987, de 2 de junio, que reconoce que el Estado puede conceder ayudas en materia turística, y ejecutarlas, sin que se vulneren competencias autonómicas⁹⁵². Sobre todo, cuando concurren circunstancias excepcionales que pueden afectar gravemente a la economía nacional, como entiendo que es el caso del turismo, que ahora me ocupa. De lo que se deduce, según entiendo, que el Estado podría haber mantenido la normativa derogada sin afectar ni a la distribución constitucional de competencias, ni a la Directiva Servicios⁹⁵³, garantizando así la existencia de una regulación de mínimos, de un Derecho supletorio, aplicable en todo el territorio español.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que lo que resulta inconstitucional es que el Estado dicte normas con vocación supletoria, pero no que mantenga las que están

⁹⁵² En concreto, se plantea este conflicto positivo de competencias por la Generalitat de Cataluña frente a una Orden estatal sobre concesión de ayudas y subvenciones en materia de turismo, al entender que se estaban vulnerando competencias autonómicas relativas al mismo, pues el Estado debería ceñirse, según alega la Comunidad Autónoma Catalana, a dar los correspondientes fondos a las Comunidades Autónomas, siendo estas quienes, en uso de sus competencias de ejecución administrativa, fijaran los criterios de otorgamiento de las ayudas. El Tribunal da en este caso la razón al Estado argumentando que este puede, en base al artículo 149.1.13º de la Constitución, que le atribuye la coordinación general de la actividad económica, conceder ayudas en materia de turismo y fijar los criterios de dicho otorgamiento con la única intervención de la Comunidad Autónoma para emitir un informe sólo parcialmente vinculante.

⁹⁵³ El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, justifica “la retención excepcional de competencias en el Estado”, pese a que estén atribuidas de forma exclusiva a las comunidades autónomas, cuando se dan circunstancias excepcionales que pueden poner en peligro de economía del país, siempre que se haga de forma excepcional y no se convierta en algo indefinido. Y cita, en apoyo de esta teoría, numerosas sentencias de nuestro tribunal Constitucional como la de 24 de abril de 1989, de 28 de febrero de 1991, 22 de marzo de 1988, etcétera. Véase a estos efectos su *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., págs. 322 a 324.

vigentes. Además, se ha de tener en cuenta que en el momento en que se dictaron la gran mayoría de las normas derogadas, la competencia correspondía, al Estado, con lo que no podía existir ninguna vocación de ser supletorias.

Por tanto, la decisión del Gobierno del Estado de derogar las normas turísticas estatales puede ser acorde al ordenamiento jurídico, tal y como indica la sentencia comentada, pero no me parece acertada desde un punto de vista de política turística, pues implica la desregulación del sector que puede llevar, a su vez, a la reducción de calidad turística, con los efectos negativos obvios que ello supondría. Y es que, no se debe olvidar que, como ya se ha mencionado en otro lugar, las normas turísticas tienen como objetivo fundamental garantizar una alta calidad en los servicios turísticos.

2.1.4.- La transposición autonómica en el sector turístico.

Pero son las comunidades autónomas las que tienen competencia exclusiva sobre promoción y ordenación turística⁹⁵⁴, tal y como señala el artículo 148.1.18º de la CE y los correspondientes Estatutos, lo que implica que la transposición de la Directiva Servicios en este sector económico debe realizarse por aquellas.

En este sentido, si bien a día de hoy todas las comunidades autónomas que componen el Estado español han incorporado a su ordenamiento jurídico turístico la Directiva Servicios, no todas lo han hecho de la misma manera. Así, mientras algunas comunidades autónomas han reformado profundamente la ordenación turística mediante

⁹⁵⁴ Una de las cuestiones más interesante sobre la que se ha manifestado la doctrina de manera crítica en esta cuestión es la referente a la intensa centralización de competencias turísticas en las comunidades autónomas. Así lo manifiesta, por ejemplo, TUDELA ARANDA, J., “La organización administrativa del Turismo”, cit., pág. 53, refiriéndose a las corporaciones locales indica que “estas se encuentran muy lejos de tener el protagonismo que parece pudiera corresponderles en una materia cuyo desarrollo es siempre finalmente local”. En la misma obra, pág. 65, “La recuperación del protagonismo político y administrativo de provincias y, sobre todo, de municipios tras la Constitución, no ha tenido el correspondiente reflejo en materia turística”.

la aprobación de nuevas normas de turismo⁹⁵⁵ (Andalucía, Extremadura, Galicia, Castilla y León y Baleares), otras, en cambio, se han limitado a llevar a cabo una modificación parcial de las leyes turísticas ya existentes. El profesor MELGOSA ARCOS ha llegado a indicar, muy acertadamente en mi opinión, que “sin ninguna duda estamos ante el cambio normativo más profundo desde que las CC.AA (comunidades autónomas) asumieron las competencias en materia de turismo”⁹⁵⁶.

Por otro lado, es necesario poner de manifiesto, desde este momento, que todas y cada una de las comunidades autónomas han asumido, en el sector turístico, los nuevos instrumentos de intervención administrativa previstos en la norma comunitaria⁹⁵⁷, aunque algunas de ellas, como mostraré a continuación, mantienen el régimen de autorización previa en supuestos excepcionales. Se ha producido, por consiguiente, una sustitución generalizada de las autorizaciones turísticas (como controles administrativos

⁹⁵⁵ En este sentido, la Directiva Servicios habría supuesto un importante punto de inflexión en la evolución de la ordenación del turismo, similar al que se produjo con la aprobación de la Constitución Española, como se ha puesto de manifiesto TUDELA ARANDA, J., en “La organización administrativa del Turismo”, cit., pág.44, que llevó, varios años después (a mediados de los noventa del pasado siglo), a aprobar las primeras leyes turísticas autonómicas con la intención de llevar a cabo una ordenación global del sector en sus respectivos ámbitos territoriales. Sin duda, lo expresa mejor el profesor de la Universidad de Zaragoza “Ahora bien, en el presente comienza a ser obligado subrayar que junto al mantenimiento, indudable, de la causa citada (se refiere a la importancia económica del turismo), han comenzado a emerger otros motivos para mantener un elevado grado de intervencionismo. Son estas consecuencias de estas semillas constitucionales hoy convertidos en valores de referencia de la sociedad española. Así, junto al mantenimiento de sus muy beneficiosos efectos económicos, al intervención administrativa busca en la actualidad otros objetivos como la preservación del medio ambiente, la recuperación del patrimonio histórico, la protección del turista como consumidor y usuario, o la utilización del turismo como instrumento de ordenación del territorio y desarrollo de las zonas rurales más deprimidas”. Según el profesor José TUDELA ARANDA, las leyes autonómicas se dictan porque la visión sobre el turismo había cambiado con la Constitución (amén de la distribución de competencias).

⁹⁵⁶ MELGOSA ARCOS, J., “Directiva de Servicios y Turismo: aproximación a la incidencia de la Directiva de Servicios en marco jurídico español”, cit., pág. 68, La transposición de la DSMI (Directiva Servicios) ha supuesto un cambio muy importante cualitativamente por la trascendencia de las modificaciones y, cuantitativamente, por el gran número de normas que hay que modificar [...] pero también hay que advertir, que las CCAA están aprovechando el esfuerzo revisor para actualizar y poner al día, la normativa turística. sin ninguna duda estamos ante el cambio normativo más profundo desde que las CCAA asumieron las competencias en materia de turismo.

⁹⁵⁷ ARAGÓN CÁNOVAS, F.J., “La aplicación de la Directiva Bolkestein y el verdadero reto de la liberalización de los servicios: turismo y urbanismo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 263, Madrid, 2011, pág. 96, Las reformas en el sector turístico [...] han sido ambiciosas y profundas, resultando una eliminación sustancial de barreos y trámites administrativos [...] Entre estas cabe destacar la eliminación de todas las autorizaciones previas para los establecimientos turísticos, sustituyéndose por procedimientos de declaración responsable”.

de carácter previo)⁹⁵⁸, por comunicaciones previas y declaraciones responsables⁹⁵⁹. Cabría preguntarse, en este sentido, si no ha habido una especie de “efecto dominó” entre las diferentes comunidades autónomas en relación a la sustitución generalizada y sistemática de los sistemas de control previo, ya que, como intentaré demostrar más adelante, aquellas hubieran podido optar por mantener las autorizaciones como medio de control si lo hubieran estimado oportuno, ya que existen razones imperiosas de interés general que sirven de justificación adecuada y suficiente (calidad, protección de consumidores y usuarios, seguridad y salud pública, protección del medio ambiente, etcétera).⁹⁶⁰

Dicho esto, se debe indicar, no obstante, que la transposición de **la Directiva Servicios no ha sido uniforme e igual en todas las comunidades autónomas. Mientras algunas regiones han procedido a una liberalización muy intensa del sector turístico, desregulando, incluso, muchos de los subsectores concretos, otras, por el contrario, han realizado una liberalización más contenida, ponderando los intereses generales presentes en la materia y garantizando, con una intervención administrativa mínima y razonable, los altos niveles de calidad que hasta ahora, y desde los años noventa, ha gozado en general nuestro turismo, lo que le ha permitido situarse en el sector económico más relevante de nuestro país.**

A continuación, procederé a analizar la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico distinguiendo aquellas comunidades autónomas que han realizado

⁹⁵⁸ La profesora Carmen FERNANDEZ RODRIGUEZ, en *Derecho administrativo del Turismo* cit., pág. 78, se refiere a la necesidad de solicitar una autorización administrativa previa como una medida de contrafomento”

⁹⁵⁹ El profesor PEREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La Directiva de Servicios y Turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de los servicios turísticos y su contribución al incremento de la calidad turística”, cit., pág. 261, habla de un cambio de modelo de intervención administrativa.

⁹⁶⁰ A este efecto dominó se refería el profesor José TUDELA ARANDA, “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit. pág. 303, en la regulación de la disciplina turística por parte de las diferentes comunidades autónomas “Es cierto que también es esta materia puede observarse un cierto grado de repetición en la normativa autonómica. Así, aunque la justificación sea evidente, no es menos cierto que las leyes de disciplina turística son, al menos en parte, manifestación del efecto dominó que en muchas ocasiones preside la legislación autonómica: una Comunidad Autónoma aprueba una ley sobre una materia determinada y sucesivamente las restantes, o muchas de ellas por lo menos, aprueban otra ley sobre la misma materia”

una interpretación más liberal de la norma comunitaria, eliminando con carácter general cualquier intervención administrativa, de aquellas otras que, pese a haber liberalizado en gran medida el sector, han mantenido cierto nivel de intervención administrativa e, incluso, intervenciones con carácter previo en algunos sectores.

Para medir el grado de liberalización del sector turístico se han de analizar, según entiendo, determinados factores concretos de cuyo resultado podrá deducirse el nivel de liberalización por el que han optado los diversos legisladores autonómicos. En mi opinión, para medir la intensidad de la liberalización será necesario examinar las siguientes circunstancias:

- Adecuada regulación de los subsectores turísticos
- El mantenimiento de controles administrativos previos para determinados subsectores especialmente sensibles.
- La necesidad de presentar declaraciones responsables o controles posteriores para cualquier actividad turística, sin que ninguna quede fuera de ese mínimo control administrativo.
- La configuración de las comprobaciones posteriores realizadas tras la presentación de las comunicaciones o las declaraciones correspondientes
- La posibilidad de solicitar un informe previo a la Administración Turística sobre la adecuación de los establecimientos turísticos a las normas correspondientes.

Estas consideraciones pueden servir, reitero, para determinar la mayor o menor intensidad de la liberalización cada ordenamiento jurídico autonómico. Es decir, la opción por la que ha optado cada legislador para transponer la norma comunitaria a su respectivo ordenamiento turístico.

Una vez realizado dicho estudio, podré estar en condiciones de distinguir aquellas comunidades autónomas que, en mi opinión, han liberalizado muy intensamente el sector, de otras que han mantenido un régimen más intervenido.

Procedo, a continuación, a analizar cada uno de los factores mencionados:

2.1.4.1.- Adecuada regulación reglamentaria de los subsectores turísticos.

La primera cuestión que, según mi opinión, ha de ser analizada para determinar el nivel de liberalización de las diferentes regiones, se refiere a la existencia o no de normas reguladoras de los distintos subsectores turísticos. Y es que, si bien está claro que todas y cada una de las comunidades autónomas han hecho referencia en sus leyes a los diferentes sectores turísticos, no todas han regulado por vía reglamentaria las actividades concretas.

La regulación reglamentaria de los diferentes subsectores turísticos me parece esencial por dos motivos:

Primero porque, con los nuevos instrumentos de control posterior (declaraciones responsables y comunicaciones previas) **es necesario regular de manera detallada y pormenorizada todos y cada uno de los requisitos que los promotores de las actividades deben cumplir antes del inicio de las mismas**⁹⁶¹. Si dichos requisitos no

⁹⁶¹ En este sentido, como ya se ha indicado, se ha manifestado el profesor LINDE PANIAGUA, E., *Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*, cit., pág. 89., “Para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles (legales y reglamentarios), regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso a la actividad para el ejercicio de la misma. En efecto, para que cada operador jurídico pueda comprobar por sí mismo si reúne o no los requisitos exigidos para el acceso y ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y

están adecuadamente regulados, los promotores no conocerán las condiciones que han de cumplir y, por consiguiente, no sabrán a qué atenerse, viéndose afectada gravemente la seguridad jurídica.

En segundo lugar, la regulación detallada de dichas condiciones cumple una función esencial de control de la Administración pública que es poco conocida. Me refiero en concreto a que, en la actividad de comprobación posterior e inspección que se lleve a cabo, **la Administración sólo podrá comprobar e inspeccionar la adecuación de la actividad de que se trate a los requisitos normativos preestablecidos**⁹⁶², **sin que pueda ir más allá en la visita o registro correspondiente**⁹⁶³. En definitiva, **la regulación previa de los mencionados requisitos actúa como límite a la actividad administrativa, lo que favorece sin duda a los particulares**⁹⁶⁴ (profesionales y empresas turísticas).

Luego, teniendo en cuenta lo anterior, se puede llegar a una conclusión que solo aparentemente resulta paradójica: cuanto más detallada y pormenorizada es una regulación turística concreta, mayor libertad para los promotores de las mismas, pues la Administración correspondiente solo podrá comprobar o inspeccionar la adecuación de la actividad de que se trate a la normativa correspondiente, nada más.

exhaustividad. De la misma manera que un sistema de controles posteriores exige un régimen sancionador más intenso”.

⁹⁶² Como muy acertadamente señala el profesor José BERMEJO VERA, “La Administración inspectora”, cit., pág. 53, “El sujeto u objeto inspeccionable lo es sólo en la medida en que aquél resulta obligado a hacer algo y hacerlo de manera determinada o éste a tener algo en las condiciones dispuestas por las normas, sea de una forma estricta o genéricamente determinada”.

⁹⁶³ BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, cit., pág. 54, “En términos, pues, excesivamente genéricos, diremos que las funciones inspectoras ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto, ni son practicables en todo el ámbito o materia o sector en que son factibles jurídicamente, ni son exigibles por terceros ad libitum. Por supuesto, tampoco pueden vulnerar las propias normas de procedimiento administrativo específico o general, ni las de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos.”

⁹⁶⁴ No debemos olvidar, asimismo, lo que indica el profesor RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, cit., pág. 28, “cuanto mayor es el volumen de actividades privatizadas o despublicadas (y en la misma medida, añado yo, desreguladas), mayores serán las necesidades de control de las mismas, de supervisión de su gestión, más intensa debería ser su inspección porque la intensidad de la función inspectora está en función del reparto de responsabilidades entre el poder público y los sujetos privados”

Aclarados estos extremos, se debe hacer referencia a otra circunstancia que considero igualmente importante, y es que no todos los subsectores turísticos son igualmente susceptibles a la desregulación. Es estos términos, no es lo mismo la falta de regulación de los apartamentos turísticos que la del turismo activo, por ejemplo, pues como es fácilmente comprensible, esta, por sus especiales características de peligrosidad, puede ocasionar más riesgos al interés público que aquella.

En este sentido, cabe resaltar, de forma positiva, la regulación realizada por La Rioja. Esta Comunidad autónoma ha regulado en una sola norma todos y cada uno de los diferentes subsectores turísticos, Así, el promotor de cualquier actividad turística que quiera comenzar a ejercer en territorio riojano, sabe que tiene que acudir al Decreto 14/2011, de 4 de marzo⁹⁶⁵, para conocer los requisitos que han de cumplir.

Otras comunidades autónomas regulan, igualmente, todos los subsectores turísticos en normas de carácter reglamentario independientes, como Andalucía, Aragón, Galicia, Murcia Navarra, Asturias o Valencia.

Las restantes, por el contrario, regulan solo algunos subsectores, dejando otros en una situación de anomia que, después de la aprobación de la Directiva Servicios y de las normas que forman el bloque normativo de la liberalización, puede llegar a ser realmente perjudicial para el sector turístico⁹⁶⁶. Pensemos, por ejemplo, en aquellas comunidades autónomas que no han regulado la actividad de turismo activo (Baleares,

⁹⁶⁵ El Decreto 14/2011, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja, tiene 252 artículos en los que se lleva a cabo una regulación detallada y pormenorizada de la actividad de alojamiento (Título I); intermediación (Título II), restauración (Título III), información turística (Título IV), complementaria (Título V) y profesiones turísticas (Título VI).

⁹⁶⁶ Todo ello, al margen los mecanismos de integración del ordenamiento jurídico como, por ejemplo, la aplicación analógica de las normas (artículo 4 del Código Civil). Es decir, lo idóneo sería que existiese una regulación adecuada de cada subsector turístico, sobre todo después de los cambios efectuados por la Directiva Servicios, sin tener que utilizar estos mecanismos de integración o interpretación normativa.

Cantabria, Euskadi, Extremadura y Madrid), una actividad cuya principal característica es la de su peligrosidad, poniendo en riesgo la seguridad y salud de los usuarios.

2.1.4.2 El mantenimiento de controles administrativos previos para determinados subsectores especialmente sensibles.

Si bien es cierto, como ya se ha indicado, que todas y cada una de las comunidades autónomas, mediante las normas que forman el denominado bloque normativo de la liberalización, han optado por la sustitución general de controles administrativos previos (autorizaciones y licencias) por sistemas de control posterior previa presentación de la correspondiente comunicación previa y/o declaración responsable, existen determinadas comunidades autónomas que han mantenido los sistemas de control previo (concretamente, las autorizaciones turísticas), para determinados subsectores turísticos concretos, al entender que existen razones justificadas de interés general que así lo justifican. No obstante, la conservación de estos regímenes es algo muy excepcional.

Quizás el ejemplo más claro lo encontramos en Aragón, cuya legislación sectorial turística se encuentra en el Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón. Pues bien, el artículo 26 de la mencionada norma, con muy buen criterio en mi opinión, se refiere a la autorización turística como medio de control previo al inicio de la actividad turística en determinados casos concretos y tasados, es decir, de forma excepcional:

- Apertura de complejos turísticos: invocando, como razones imperiosas de interés general, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del patrimonio cultural y el mantenimiento de Aragón como destino turístico

integral como factor decisivo para el desarrollo de la política de la Comunidad Autónoma⁹⁶⁷.

- Prestación de servicios de turismo activo, con el fin de garantizar la seguridad pública, la protección civil y la conservación del medio ambiente.
- Apertura de alojamientos al aire libre ubicados en terrenos que se hallen en situación de suelo rural, con el fin de garantizar la seguridad pública, la protección civil y la conservación del medio ambiente.

A la vista de lo anterior, cabe deducir que **Aragón ha considerado necesario, para determinados subsectores turísticos concretos especialmente sensibles, mantener el régimen de autorización, sustentándolo en razones imperiosas de interés general que resultan absolutamente razonables. Y dicha interpretación de la Directiva Servicios es, en mi opinión, absolutamente legítima y coherente con el objetivo de alcanzar un desarrollo turístico sostenible, de calidad y cimentado en la defensa de los consumidores y usuarios⁹⁶⁸. Se ha llevado a cabo, por tanto, una adecuada ponderación de los intereses en juego⁹⁶⁹ cuyo resultado ha sido el mantenimiento, con carácter excepcional, y solo para determinados supuestos, de los sistemas de control previo⁹⁷⁰.**

⁹⁶⁷ Es la única región española que invoca, como razón imperiosa de interés general, un concepto de carácter turístico, algo que, en mi opinión, debería haber sido lo normal en las leyes reguladoras del sector. Así, tal y como he venido defendiendo a lo largo de este trabajo, existen conceptos turísticos que deberían haber sido considerados razones imperiosas de interés general a efectos de, o bien mantener las autorizaciones previa como forma de control general, o bien justificar un régimen de control más intenso, si quiera sea posterior.

⁹⁶⁸ Así lo sostiene, igualmente, el profesor José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ, En su trabajo “Directiva de Servicios y Turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de servicios”, cit., pág. 293, cuando manifiesta que “el régimen de autorización previsto por el legislador aragonés se ajusta a las exigencias del nuevo marco de acceso al mercado”.

⁹⁶⁹ Sobre esta adecuada ponderación de intereses en juego, resulta interesante el trabajo del profesor Marcos VAQUER CABALLERÍA, en “El criterio de eficiencia en el Derecho Administrativo”, cit., pág. 114, cuando indica que “El criterio de decisión [...] entre el mantenimiento, la supresión o la sustitución de los actos administrativos de intervención en el mercado, debe basarse en un juicio de ponderación entre principios jurídicos diversos entre sí, entre los que es preciso hallar un equilibrio razonable”.

⁹⁷⁰ En este sentido, resulta muy interesante lo manifestado por MELLADO RUIZ, L., “Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativas”, *Noticias de la Unión Europea*, cit., pág. 82, “Parece necesario hallar un punto de equilibrio, a partir del marco establecido en ella y de las apresuradas reformas legislativas puestas en

Esta tesis que mantengo, parece que es la misma que defiende el Fiscal General del Estado en un informe presentado ante el Tribunal Constitucional en relación a la interpretación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El Fiscal General emite el informe en cumplimiento del artículo 37.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el seno de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco e inadmitida por Auto 23/2013, de 29 de enero⁹⁷¹. En el trasfondo de la cuestión planteada, se pone en duda la posibilidad de que la Comunidad autónoma del País Vasco pueda mantener autorizaciones o licencias previas para la apertura de establecimientos de hostelería, teniendo en cuenta que las leyes estatales 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 22 de diciembre, ambas con carácter básico, limitan dicha posibilidad. El Fiscal General del Estado, es meridiano en sus consideraciones (Antecedentes, punto 5): “Tras un exhaustivo análisis de la Ley 17/2009 y de las modificaciones introducidas en las Leyes 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL) y 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común por parte de la Ley 25/2009, llega a la conclusión de que [...] El sometimiento de las actividades hosteleras al régimen de licencia administrativa (de actividad y apertura) responde [...] a que estas actividades son «susceptibles de causar molestias o producir riesgos a las personas o sus bienes, así como originar daños al medio ambiente». Se trata, a juicio del Fiscal General, de un régimen excepcional que puede insertarse en la previsión asimismo excepcional del art. 5 (de la) Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en relación

marcha, entre los dos polos de tensión subyacentes, productividad y crecimiento o seguridad jurídica y control ¿Debe primar siempre al realización extrajurídica del mercado...? Aun respetando los principios interpretativos contenidos en a propia Directiva, que no suponen una modificación directa de los sistema internos, y que se basan, sobre todo, en la ponderación y proporcionalidad de las intervenciones...¿Por qué una regulación interna, apoyada en las propias necesidades o características del Estado miembro, es sin más, y de facto, una frontera jurídica?...La liberalización de servicios no puede suponer, en fin, una disminución y cercenamiento de aquellas garantías, derechos e incluso mecanismos administrativos de intervención , que se orienten a la satisfacción, reserva o exigencia de una efectiva protección de los intereses generales de cada estado miembro...La agilidad, rapidez y simplificación de los procedimientos conllevan, entonces, la conversión o transformación por vía trasnacional de auténticas categorías centrales de nuestro derecho Administrativo, como el procedimiento y el acto administrativo. No se trata ya de una reducción de trámites, o de la introducción de nuevos cauces de comunicación, sino de la redefinición del papel interventor de lo público en el ámbito de las actividades privadas.

⁹⁷¹ Boletín Oficial del Estado núm. 49, pág. 278, del 26 de febrero de 2013.

con el art. 84 LBRL, conforme a la que pueden someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a «la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico» o a «la seguridad o salud públicas»”. Es una pena que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado, si quiera *obiter dicta*, sobre esta cuestión.

No obstante, he de poner de manifiesto que, igual que me parece incorrecto eliminar sistemáticamente y con carácter general los controles administrativos turísticos de carácter previo, me hubiera parecido igualmente inadecuado el mantenimiento de dichos controles sin la ponderación y el análisis pormenorizado de las circunstancias presentes en cada subsector de actividad.

En el mismo sentido, pero de manera mucho más restringida, otras comunidades autónomas han mantenido controles administrativos para determinados subsectores turísticos. Así lo han hecho, exclusivamente para los campamentos turísticos, Galicia (artículo 45 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre) y Asturias (artículo 25.7 de la Ley 7/2001, de 22 de junio).

Asimismo, Andalucía mantiene un régimen de control previo para la construcción, ampliación o reforma de los establecimientos de alojamiento, aunque no se le denomina expresamente autorización turística⁹⁷² (artículo 34 de la Ley 13/2011, de

⁹⁷² RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit. pág. 12, Critica el autor la regulación efectuada por la Ley Andaluza de Turismo 12/1999, sobre la clasificación de hoteles. Y, sin embargo, en mi opinión resulta la única forma de asegurar una prestación de calidad en los servicios hoteleros pues, de alguna forma, se realiza un control previo sobre estas actividades, como no puede ser de otra forma. No entiende el profesor de la Universidad de Salamanca como se establecen estas “trabas burocráticas” en un sector económico tan importante para Andalucía como es el de los alojamientos turísticos. Pues precisamente por eso. Andalucía no se puede permitir perder competitividad en este sector, necesita consolidar su liderazgo y para ello la Administración debe asegurarse fehacientemente de que todos aquellos promotores de estas actividades cumplen los requisitos de calidad establecidos en las normas. Y eso solo se puede hacer de dos formas: con un verdadero control posterior inmediato a la apertura del establecimiento; o con un control previo. Andalucía sabe que su Administración, al igual que el resto de las CCAA, no está preparada para ejercer esos controles posteriores de manera efectiva, con lo que opta por mantener de alguna forma los tradicionales controles previos, aunque enmascarándolo de alguna forma

23 de diciembre)⁹⁷³, influenciada, sin duda, por la carga negativa que el concepto ha adquirido desde la aprobación de la Directiva Servicios⁹⁷⁴.

En el mismo sentido, la Ley 2/2011, de 31 de enero, del desarrollo y modernización del turismo de Extremadura, en su artículo 48.4, prevé la necesidad de presentar una declaración previa de instalación con anterioridad a la declaración responsable, cuando se trate de servicios de campamentos turísticos y zonas de acampada de titularidad pública. Es decir, se trata de un control previo al inicio de actividad, por mucho que el legislador haya querido matizar los términos.

En la Comunidad Autónoma de Canarias, se prevé también la posibilidad de sujetar a autorización administrativa la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de establecimientos turísticos de alojamiento cuando por razones medioambientales o de ordenación del territorio, esté legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico y, especialmente, siempre que dichas limitaciones vengan justificadas en la ordenación territorial atendiendo a la capacidad de carga de las islas⁹⁷⁵. De lo que se deduce que lo que el profesor Omar BOUAZZA ARIÑO ha denominado “ordenación territorial de limitación”⁹⁷⁶ está llamado a convertirse un elemento esencial del control de la calidad

⁹⁷³ La Ley de Turismo andaluza, prevé que el Ayuntamiento competente para la emitir la correspondiente licencia de obra, remitirá a la Consejería de Turismo, la declaración responsable y la documentación correspondiente para que ejerza un control previo del cumplimiento de los requisitos previstos en la norma turística. Una vez la Consejería competente haya comprobado la adecuación a los requisitos turísticos, o transcurrido el plazo de 1 mes, el Ayuntamiento se pronunciará sobre la adecuación urbanística.

⁹⁷⁴ Sobre la carga negativa de determinados conceptos administrativos, véase el trabajo del profesor Marcos VAQUER CABALLERÍA, en “El criterio de eficiencia en el Derecho Administrativo”, cit., pág. 109, donde al hablar del concepto de carga administrativa utilizado por la Directiva Servicios indica que se trata de “una noción no sólo reduccionista, sino también preñada de una evidente carga valorativa negativa, ya que pone el foco en los costes de regulación y deja en la sombra sus beneficios”.

⁹⁷⁵ Artículo 24.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, en su redacción dada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, de adaptación a la Directiva Servicios.

⁹⁷⁶ Según el profesor de Omar BOUAZZA ARIÑO, en *Planificación Turística Autonómica*, cit., pág. 110, por ordenación territorial de limitación se ha de entender “aquellos instrumentos jurídicos que de alguna u otra forma tienden a limitar el crecimiento urbanístico de un territorio turístico cuando el ejercicio de una actividad turística haya producido una situación de estrés ambiental”.

se los servicios turísticos, impidiendo que un destino concreto se sature y sobrepase su capacidad de carga.

Otras comunidades autónomas, por su parte, se refieren, de forma general y abstracta, a la posibilidad de establecer el régimen “autorizatorio” a través de las normas reguladoras de cada actividad concreta. Así, La Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de Baleares, establece, en su artículo 25, la posibilidad de que en algunos casos se pueda establecer la exigencia de una autorización administrativa específica previa. O, en el mismo sentido, aunque de forma más difusa, tal y como lo prevé la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Turismo de Cantabria (modificada por la Ley 11/2010, de 23 de diciembre) en su artículo 18 al referirse a la necesidad de solicitar la previa autorización turística, cuando así se prevea por las normas correspondientes.

2.1.4.3.- Configuración de los sistemas de comprobación posterior

Otro de los factores que considero esencial para comprobar el grado de liberalización es, según he explicado más arriba, la configuración que se haya realizado de los controles o comprobaciones posteriores. En este sentido, nos encontramos un amplio abanico de posibilidades dentro de las diferentes comunidades autónomas:

Desde aquellas comunidades autónomas que ni siquiera hacen referencia a la posibilidad de llevarlos a cabo (Valencia, Cataluña, Castilla La-Mancha⁹⁷⁷, Asturias⁹⁷⁸, Andalucía⁹⁷⁹ y Baleares⁹⁸⁰)

⁹⁷⁷ En esta comunidad autónoma, el artículo 9 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de ordenación del turismo, modificada para incorporar la Directiva Servicios por la Ley 7/1999, de 17 de diciembre, que regula el régimen jurídico de la declaración responsable, no hace referencia, en ningún apartado, a la posibilidad de que la Administración Turística realice algún tipo de control o comprobación posterior.

⁹⁷⁸ La Ley asturiana de turismo, Ley 7/2001, de 22 de junio, reformada por la Ley 10/2010, de 22 de junio, regula el inicio de las actividades turísticas en su artículo 25, pero en ningún momento se refiere a la posibilidad de efectuar algún tipo de control posterior.

Pasando por otras que, aun haciendo referencia a dicha posibilidad, no la establece con carácter obligatorio, ni detallan su régimen jurídico, es decir, no fijan las potestades concretas que se puedan ejercer o el plazo mínimo para efectuarlas (Madrid⁹⁸¹, Navarra⁹⁸², País Vasco⁹⁸³, Extremadura⁹⁸⁴)

Y otras que establecen dicha comprobación con carácter obligatorio para todas las actividades turísticas que comienzan con una declaración responsable o comunicación, pero no establecen un plazo mínimo para efectuarlo, lo que puede alargar indebidamente el necesario control (Castilla y León⁹⁸⁵, Cantabria⁹⁸⁶, Canarias⁹⁸⁷ y la Rioja⁹⁸⁸).

⁹⁷⁹ La nueva Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, no regula ningún régimen de control posterior pese a que se suma al sistema de declaración responsable como instrumento general de acceso a las actividades turísticas (artículo 30), aunque con algunas excepciones.

⁹⁸⁰ La reciente Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de Baleares, se refiere en su artículo 23.3 a la posibilidad de efectuar comprobaciones posteriores por parte de las administraciones competentes, aunque no concreta su régimen jurídico.

⁹⁸¹ La Ley madrileña, Ley 1/1999, de 12 de marzo, modificada por la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, indica, en su artículo 21.3 que “La Dirección General competente en materia de turismo efectuará, en cualquier momento, la comprobación del contenido de la declaración responsable”.

⁹⁸² La Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo, adaptada a la Directiva por la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, se refiere en su artículo 14.5, de manera muy genérica, a las “potestades administrativas de control” una vez se haya presentado la declaración responsable.

⁹⁸³ La Ley de Turismo de País Vasco, la primera Ley autonómica general sobre turismo, modificada a los efectos liberalizadores de la Directiva por la Ley 7/2012, de 23 de abril, establece en su artículo 8.2 la posibilidad de la Administración Turística Vasca ejerza “facultades de comprobación, control e inspección posterior”.

⁹⁸⁴ La Ley de Turismo de Extremadura, Ley 2/2011, de 31 de enero, pese a referirse a los controles posteriores, no establece su régimen jurídico (artículo 48.6).

⁹⁸⁵ La nueva Ley castellanoleonesa de turismo, Ley 14/2010, de 9 de diciembre, regula la actuación administrativa de comprobación en su artículo 24, de forma obligatoria para todas las actividades turísticas una vez presentada la correspondiente declaración responsable, pero no establece un plazo mínimo para llevarlo a cabo).

⁹⁸⁶ En el mismo sentido que la anterior, la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de ordenación del turismo, modificada a estos efectos por la Ley 11/2010, de 23 de diciembre, establece en su artículo 18 la potestad a la Dirección General competente en materia de turismo, de comprobar que todas las empresas turísticas han presentado la preceptiva declaración responsable y cumple los requisitos normativos, pero no establece un plazo mínimo para llevarlos a cabo.

Hasta llegar a las comunidades autónomas que, en mi opinión, realizan una adecuada regulación de las comprobaciones posteriores una vez presentadas las comunicaciones previas o declaraciones posteriores, estableciendo su carácter obligatorio y un plazo mínimo para llevarlo a cabo, de modo y manera que no se alargue excesivamente su comprobación de los requisitos y las condiciones (Galicia⁹⁸⁹ y Aragón⁹⁹⁰).

2.1.4.4.- Posibilidad de solicitar a la Administración pública informes previos sobre la adecuación de los correspondientes proyectos a las normas turísticas.

Una cuestión importante que, de alguna manera, matiza la liberalización del sector turístico es la posibilidad, prevista en algunas normas turísticas autonómicas, de solicitar un informe previo, con carácter potestativo, sobre la adecuación del proyecto turístico de que se trate a la correspondiente normativa. Así lo prevén, prácticamente con el mismo régimen jurídico, Aragón (artículo 26.ter de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, modificada por la Ley 3/2010, de 7 de junio)⁹⁹¹, Galicia (artículo 49 de la Ley

⁹⁸⁷ La Ley Canaria de Turismo, Ley 7/1995, de 6 de abril, prevé la comprobación posterior en su artículo 24. Si bien es cierto que no se habla expresamente de su carácter preceptivo, de su redacción parece deducirse, sin un esfuerzo interpretativo extraordinario, su carácter obligatorio. No obstante, no refiere plazo mínimo alguno para su realización.

⁹⁸⁸ El artículo 8 de la Ley de Turismo riojana, Ley 2/2001, de 31 de mayo, modificada por la Ley 6/2009, de 15 de diciembre, recoge la necesidad de proceder a la inspección de los establecimientos y servicios turísticos una vez presentada la correspondiente comunicación de inicio.

⁹⁸⁹ La Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia, establece, en su artículo 44.1, establece que “Presentada la declaración responsable debidamente formalizada, los órganos competentes en materia de turismo comprobarán el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y normas reglamentarias que resulten de aplicación, en el plazo de tres meses a contar desde la entrada de la documentación completa, resolviendo sobre la conformidad o no con lo declarado.

⁹⁹⁰ Aragón, por su parte, regula las comprobaciones posteriores en el artículo 27.2 del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón, donde se indica que una vez formulada la declaración responsable se realizarán las oportunas comprobaciones para que, en un plazo no superior a tres meses, el órgano competente determine si se cumplen los correspondientes criterios.

⁹⁹¹ Se prevé, con el nombre de Informe de cumplimiento de requisitos que “Las empresas turísticas que proyecten la construcción o modificación de un establecimiento turístico podrán, antes de iniciar cualquier tipo de obra, solicitar de la Administración turística competente un informe relativo al

7/2011, de 27 de octubre)⁹⁹² y Extremadura (artículo 51 de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo)⁹⁹³

Este informe previo presenta, en mi opinión, importantes ventajas:

Así, en primer lugar, al someter con carácter previo el proyecto a una valoración previa de la Administración, el promotor tendrá más certeza sobre la actuación futura de la Administración, eliminando, en gran medida, los problemas de inseguridad jurídica generados por la falta de un acto administrativo previo que implican los nuevos sistemas de control posterior⁹⁹⁴. Esto resulta, en mi opinión, esencial, pues la Administración

cumplimiento de los requisitos mínimos de infraestructuras y servicios y de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras en los términos previstos en la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre la materia, así como respecto de la clasificación que, en su caso, pudiera corresponder a dicho establecimiento”.

⁹⁹² En Galicia, por su parte, se denomina Informe potestativo previo y establece que:

1. Las empresas turísticas que proyecten la apertura, construcción o modificación de un establecimiento para uso turístico, antes de iniciar cualquier tipo de actuación o trámite ante el ayuntamiento correspondiente, podrán recabar del centro directivo de la consejería competente en materia de turismo un informe relativo al cumplimiento de los requisitos mínimos de infraestructura y servicios, que será emitido en el plazo máximo de dos meses, con expresa inclusión del pronunciamiento correspondiente a la clasificación que correspondería a la empresa solicitante. La validez del informe será como máximo de un año siempre que permaneciese en vigor la normativa turística respecto a la cual se emite informe en el momento de la emisión del mismo.

2. Del mismo modo, en la tramitación de las preceptivas licencias municipales el ayuntamiento correspondiente podrá requerir ante la Administración de la Xunta de Galicia dicho informe.

⁹⁹³ En Extremadura se prevé que mediante este Informe Previo Potestativo.

1. Los promotores de prestación de servicios y de actividades turísticas que proyecten la apertura, construcción o modificación de un establecimiento para uso turístico podrán presentar a la Consejería competente en materia de turismo, antes del inicio de las mismas, memoria y planos para que se emita informe respecto de su adecuación en orden a su posible clasificación turística.

2. El Informe Previo Potestativo deberá emitirse por la Consejería competente en materia de turismo antes de dos meses desde su solicitud y su validez será, como máximo, de un año siempre que permanezca en vigor la normativa turística respecto de la que se predica adecuación en el momento de su emisión.

⁹⁹⁴ En este sentido, ya nos hemos referido a lo que indica el profesor BOCANEGRA SIERRA, R., *La teoría del acto administrativo*, cit., pág. 25, “La presencia de un acto administrativo, con su exclusiva eficacia jurídica, que se convierte en firmeza una vez agotados los plazos de recurso, constituye ciertamente una ventaja para el particular favorecido por su contenido (por ejemplo el titular de una licencia), ventaja que puede perderse cuando, por ejemplo, se liberaliza una actividad eliminándose el requisito de la obtención de una autorización administrativa previa, siendo la pérdida superior en muchos casos a la ganancia inmediata obtenida por no tener que esperar a la autorización. Al no contar con el respaldo de un acto administrativo, el ciudadano se encuentra expuesto a que la administración adopte, en

pública quedará vinculada a la declaración manifestada sobre el correspondiente proyecto si se mantiene las mismas circunstancias, sin que se pueda apartar de lo ya manifestado previamente sin incurrir en una vulneración del principio de buena fe (artículo 3.1 de la LRJPAC), y, concretamente, del principio: “a nadie es lícito venir contra sus propios actos”⁹⁹⁵

De la misma manera, y en segundo lugar, puede suponer un importante ahorro para los promotores de actividades turísticas que podrán conocer con antelación, antes de llevar a cabo las correspondientes inversiones y los medios de financiación adecuada, que requisitos mínimos han de cumplir para contar con la aquiescencia de la correspondiente Administración pública.

En este caso, nos encontramos ante una carga administrativa que, en ningún caso, puede perjudicar al promotor de la actividad correspondiente, sino todo lo contrario, pues podrá conocer de antemano la posición de la Administración pública sobre su proyecto y, por consiguiente, aportar mayor certeza a sus actividades.

Por estos motivos, mi opinión es que sería conveniente que las restantes comunidades autónomas contasen con este tipo de informes potestativos previos, pues pueden absorber, en gran medida, el impacto que sobre el sector turístico puede tener el bloque normativo de la liberalización y sus nuevos sistemas de control posterior.

2.1.4.5- Valoración general de la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico autonómico.

cualquier momento y por iniciativa propia, o como consecuencia de una denuncia, medidas contra su actividad si la considera ilegal”.

⁹⁹⁵ Para un análisis exhaustivo de este principio general del Derecho en el ámbito administrativo, se puede consultar el extraordinario trabajo del profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, 4ª ed., págs. 215 y ss.

A la vista de lo anterior, no parece difícil distinguir aquellas comunidades autónomas que, amparándose en la transposición de la Directiva Servicios, han optado por una mayor liberalización del sector turístico frente a otras que, pese a haber realizado importantes reformas liberalizadoras, han mantenido un nivel adecuado de intervención administrativa. No obstante, es importante advertir que, como es lógico, esta valoración tiene una importante dosis de subjetividad.

Entre las primeras, encontramos comunidades como Cataluña, Madrid, Castilla-La Mancha, Murcia, Euskadi, Navarra y Valencia. Digo que han optado por una mayor liberalización porque han procedido a la sustitución de las autorizaciones por las comunicaciones previas o las declaraciones responsables, sin mantener un régimen de autorización previa ni siquiera para los subsectores que más problemas pueden plantear, como pueden ser los campamentos de turismo o el turismo activo⁹⁹⁶, entre otros.

Además, en ninguna de las regiones mencionadas se lleva a cabo una adecuada regulación de la comprobación o control posterior, lo que implica un mayor riesgo para el interés general como han puesto de manifiesto algunos autores, según he tenido ocasión de señalar más arriba⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Donde como, más adelante veremos, existen claras razones imperiosas de interés general relacionadas con la protección del medio ambiente o la seguridad y salud de los consumidores y usuarios, que justificarían, suficientemente el mantenimiento de los controles previos.

⁹⁹⁷ Así, el profesor PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar (a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, cit., pág. 58, donde manifiesta que “Transformar la actuación en la materia en puramente sancionadora sería realmente un dislate de forma que entre la actividad y la potestad sancionadora es preciso colocar o interponer la actividad de comprobación que realmente hasta ahora tenía poca utilización y que, sobre todo, era bastante sencilla porque giraba sobre las condiciones previamente establecidas en el marco de la autorización de realización de la actividad o servicio en cuestión”. También el profesor RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85, “Y todo el título de la potestad sancionadora habría de ser revisado para preparar una respuesta eficaz frente a los posibles abusos que puedan ser favorecidos como consecuencia de la relajación de los controles administrativos *ex ante*, que necesariamente han de ser compensados mediante el reforzamiento de controles *ex post*, traducidos en inspecciones y sanciones. Si no se hace así, tendrán razón quienes dicen que estamos ante una operación “desreguladora”; en otro trabajo, RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, cit., pág. 348, “[...] en el cambio de sistema de control, elevar las consecuencias punitivas de quienes aprovechen el levantamiento de las barreras, resulta tan imprescindible como reforzar las dotaciones del aparato inspector y sus capacidades mediante la introducción de medios técnicos que permitan cumplir eficazmente con sus obligaciones, incluyendo la

Por otro lado, se puede mencionar, como factor de acusada liberalización, la circunstancia de no haber reglamentado adecuadamente los subsectores turísticos, el hecho de haber permitido, tras la derogación de la normas estatales mediante el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, que algunos subsectores turísticos quedaran sin el correspondiente puntal normativo que le sirva de sustento⁹⁹⁸.

Quiero hacer especial mención, no obstante, al caso catalán donde la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, tras la reforma efectuada por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de incorporación de la norma europea, ha “descatalogado” a las empresas de servicios turísticos complementarios, excluyéndolas de la calificación de empresas turísticas y denominándolas, a partir de entonces, “empresas de interés turístico”⁹⁹⁹. Según estimo, lo que ha pretendido el legislador catalán ha sido excluir

cooperación administrativa”. He de hacer notar que, en mi opinión de forma errónea, el profesor de la Universidad de Salamanca no diferencia entre controles *ex post* y actividad de inspección. En el mismo sentido, BULLEJOS CALVO, C., “El control posterior al inicio de la actividad ocio y su fiscalidad. Función inspectora, de seguridad y salud durante su desarrollo y gestión de emergencias”, en BARRANCO VELA, R., (Dir.) BULLEJOS CALVO, C., (Coord.) *Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. Régimen jurídico de la intervención administrativa tras la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior*, cit., pág. 630, “La [...] potestad de control posterior deviene, en secuencia lógica, de la existencia de una actividad precisada de comunicación previa o declaración responsable, quedando habilitada la Administración para ejercer y someter la misma a un procedimiento de control posterior”. En mi opinión, esa habilitación de la Administración es, además, una obligación.

⁹⁹⁸ Traigo a colación, de nuevo, lo manifestado por el profesor LINDE PANIAGUA, E., *Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior*, cit., pág. 89., “Para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles (legales y reglamentarios), regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso a la actividad para el ejercicio de la misma. En efecto, para que cada operador jurídico pueda comprobar por sí mismo si reúne o no los requisitos exigidos para el acceso y ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y exhaustividad. De la misma manera que un sistema de controles posteriores exige un régimen sancionador más intenso”

⁹⁹⁹ Según el artículo 60 de la Ley de Turismo de Cataluña, son “establecimientos y actividades de interés turístico” los que, ofrecidos mediante precio, contribuyen a dinamizar el turismo y favorecen las estancias en el territorio, como los establecimientos de restauración; las empresas de servicios y actividades deportivas a la naturaleza y culturales; las empresas de servicios relacionados con congresos, convenciones e incentivos, y las instalaciones destinadas a este objeto; los equipamientos y las instalaciones de alojamientos juveniles, y los parques acuáticos o temáticos.”. Respecto de la actividad turística de restauración, si bien no se incluye en el artículo 34 referido a las empresas turísticas, el artículo 51 hace referencia a las “empresas turísticas de restauración”, con lo que parece que sí podrían ser consideradas empresas turísticas.

determinadas actividades del ámbito de “lo turístico” para reducir la intervención administrativa¹⁰⁰⁰.

Por otro lado, en relación a aquellas comunidades autónomas que siguen manteniendo unos mínimos niveles de intervención administrativa en el sector turístico, las citaré en orden de mayor a menor intensidad y a continuación haré referencia, muy someramente, a los factores o circunstancias que me hacen considerarlas dentro del grupo de las menos liberalizadas:

Aragón, Galicia y Asturias, prevén en sus leyes turísticas un mayor grado de intervención administrativa al establecer, desafiando los mandatos de la Directiva, regímenes de autorización previa para ciertos subsectores turísticos especialmente sensibles¹⁰⁰¹ por estar íntimamente relacionados con razones imperiosas de interés general. Esas razones imperiosas son las que justifican el mantenimiento de los regímenes de autorización previa.

Otras comunidades autónomas como Baleares, Cantabria o Canarias, prevén en sus respectivas leyes de turismo la posibilidad de someter ciertos subsectores turísticos a un régimen de control previo, aunque no concretan las actividades ni hacen referencia a los motivos de interés general que podrían esgrimir. En cualquier caso, me parece importante dicha previsión en una norma con este rango porque garantiza el respeto a la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) y al principio de reserva de Ley. Esta circunstancia es suficiente para que, en mi opinión, sean integradas en el grupo de las menos liberalizadas.

¹⁰⁰⁰ Se ha de tener en cuenta, a estos efectos, que la calificación de una empresa o actividad como turística supone la aplicación de una normativa especial, tanto de policía como de fomento. En este sentido se manifiesta el profesor José TUDELA ARANDA “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, cit., pág. 310.

¹⁰⁰¹ Complejos turísticos, servicios de turismo activo y alojamientos turísticos al aire libre en Aragón; campamentos de turismo en Galicia; y campamentos de turismo en Asturias, respectivamente.

Merecen mención aparte Andalucía y Extremadura, puesto que, sin decirlo expresamente en la Ley, establecen un régimen de control previo para establecimientos de alojamiento. En este sentido, cabe reprochar al legislador andaluz su falta de claridad y de resolución para hablar de control previo o autorización, así como el hecho de recurrir a un complejo procedimiento para intentar encubrir lo que realmente es, un control preventivo. Sin embargo, el fondo de la regulación, su objetivo, me parece muy acertado, puesto que se pretende llevar a cabo una intervención administrativa previa que impida que la construcción, ampliación y reforma de los establecimientos de alojamiento no se ajuste a las normas turísticas correspondientes¹⁰⁰², algo que se puede considerar muy positivo. En similar situación se encuentra la comunidad extremeña que requiere una declaración previa de instalación, antes de presentar la declaración responsable, pero solo para las actividades de campamentos turísticos y zonas de acampada

Las restantes comunidades, es decir, La Rioja y Castilla y León, pese a no prever en sus correspondientes leyes de turismo la posibilidad de someter ciertos subsectores turísticos a un régimen de control previo, han sido incluidas entre las menos liberalizadas porque presentan algunos elementos que me permiten indicar que estamos ante una régimen de intervención mínimo pero adecuado. Así, en el caso de La Rioja, podemos hablar de su detallada regulación reglamentaria a través del Decreto 14/2011, de 4 de marzo, que al regular de forma pormenorizada todos los requisitos que han de cumplir los promotores de las diferentes actividades turísticas, ofrece un sustento

¹⁰⁰² Ya he hecho referencia más arriba a la crítica efectuada por el profesor RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, cit., pág. 12, se muestra disconforme con la opción adoptada por Andalucía en este caso. Critica la regulación efectuada por la Ley Andaluza de Turismo, sobre la clasificación de hoteles. Y, sin embargo, en mi opinión resulta la única forma de asegurar una prestación de calidad en los servicios hoteleros pues, de alguna forma, se realiza un control previo sobre estas actividades, como no puede ser de otra forma. No entiende el autor como se establecen estas “trabas burocráticas” en un sector económico tan importante para Andalucía como es el de los alojamientos turísticos. Pues precisamente por eso. Andalucía no se puede permitir perder competitividad en este sector, necesita consolidar su liderazgo y para ello la Administración debe asegurarse fehacientemente de que todos aquellos promotores de estas actividades cumplen los requisitos de calidad establecidos en las normas. Y eso solo se puede hacer de dos formas: con un verdadero control posterior inmediato a la apertura del establecimiento; o con un control previo. Andalucía sabe que su Administración, al igual que el resto de las CCAA, no está preparada para ejercer esos controles posteriores de manera efectiva, con lo que opta por mantener de alguna forma los tradicionales controles previos. Cuestión distinta resulta la forma de establecer este control previo, enmascarándolo junto a un procedimiento de control posterior. Esto sí que resulta criticable, pues puede llegar a generar cierta inseguridad jurídica en los promotores. En este caso, según entiendo, el legislador andaluz debería haber sido más honesto en sus planteamientos.

normativo estable a los nuevos sistemas de control posterior. En el caso de Castilla y León, lo que nos hace situarlas entre las comunidades autónomas con un nivel de intervención suficiente, es el hecho de establecer en su artículo 24 un régimen de control posterior o, en palabras de la propia Ley, “actuación administrativa de comprobación”. Bien es cierto que dicha regulación jurídica podría ser mejor, en el sentido de establecer, por ejemplo, un plazo mínimo para llevarla a cabo, pero, al menos, se deduce claramente la necesidad de llevarla a cabo en todos los casos después de la presentación de una declaración responsable.

A modo de conclusión general, estimo que todas las comunidades autónomas han adoptado un “enfoque ambicioso”¹⁰⁰³ a la hora de transponer la Directiva Servicios en el sector turístico¹⁰⁰⁴. Una perspectiva, en mi opinión, excesivamente liberalizadora, pues no debemos olvidar dos datos que, por sí solos, hubieran sido suficientes para justificar un régimen más intervencionista en todos los subsectores turísticos o, al menos, una ponderación más sosegada de los intereses en juego, es decir, una transposición más calmada de la Directiva Servicios.

Primero, no se debe olvidar que la calidad turística es un objetivo esencial si se quiere mantener la posición dominante en un mercado tan volátil. Por ello, todas las comunidades autónomas¹⁰⁰⁵ persiguen como objetivo fundamental, a través de las

¹⁰⁰³ El dictamen 779/2009, del Consejo de Estado, sobre Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio., habla de un “enfoque ambicioso” en la transposición que está llevando nuestro país. Pues bien, en el caso de las comunidades autónomas se repite este enfoque ambicioso para un sector necesitado de intervención administrativa.

¹⁰⁰⁴ ARAGÓN CÁNOVAS, F.J., “La aplicación de la Directiva Bolkestein y el verdadero reto de la liberalización de los servicios: turismo y urbanismo”, cit., pág. 96, señala, haciendo referencia a la intensa liberalización a la que se ha sometido el sector turístico en muchas comunidades autónomas que “En materia de bares, restaurantes y cafeterías, así como en la mayoría de actividades de turismo activo que no impliquen el uso de dominio público, también se sustituye el régimen de autorización por uno de declaración responsable, y algunas comunidades autónomas liberalizan las actividades, de manera que dejan de ser objeto de regulación turística”

¹⁰⁰⁵ SOLA TEYSSIERE, J., *Ordenación territorial y urbanismo de las zonas turísticas*, cit., pág. 19, “La calidad es asumida jurídicamente por los textos legales autonómicos como un criterio finalista, como un objetivo a cuya consecución deben tender las políticas instrumentales por las distintas comunidades autónomas bajo la cobertura de la Ley sectorial correspondiente.

correspondientes políticas turísticas, la calidad en la oferta¹⁰⁰⁶ (calidad en la oferta que se traduce, igualmente, en una demanda de alta calidad). Asimismo, se ha de señalar la indisoluble relación entre una adecuada intervención administrativa y calidad turística ya que, en palabras del profesor José TUDELA ARANDA, “la calidad no es barata ni sencilla de obtener y la tentación de renunciar a ella es excesiva [...] el cumplimiento de la condiciones de calidad exigirá del poder algo más que medidas de fomento. Exigirá una inteligente articulación de la política pública y el establecimiento de las correspondientes medidas de control e inspección”¹⁰⁰⁷. Por consiguiente, si se relajan los sistema de control sobre la oferta turística, tal y como ha sucedido mediante la aprobación del bloque normativo liberalizador, se corre el riesgo de una merma en la calidad de la oferta turística, con los perniciosos efectos económicos que ello conllevaría, como fácilmente se comprende¹⁰⁰⁸.

En segundo lugar, cabe mencionar que la liberalización efectuada sobre el sector turístico tiene una finalidad muy clara: un aumento de los ingresos producidos por esta lucrativa industria¹⁰⁰⁹. Pero, ¿Qué ocurre si no se lleva a cabo un adecuado control del

¹⁰⁰⁶ Debo mencionar a estos efectos la nota a pie de página núm. 342 del capítulo IV de este trabajo, donde se mencionan las leyes autonómicas que se refieren a la calidad turística como principio fundamental de las políticas de turismo. Igualmente, señala BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, cit., pág. 139, la calidad puede ser considerada un principio general del Derecho ya que “se convierten en parámetro[s] necesario[s] en la actuación tanto de los poderes públicos como del resto de sujetos que interviene en la actividad turística”. En la misma línea Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los sentidos y contrasentidos del fomento del turismo en España”, en MELGOSA ARCOS, F.J., *Derecho y Turismo*, cit., pág. 95, manifiesta que “La idea de calidad será un concepto interpretativo de primer orden a la hora de aplicar las normas. Nos acercamos, así, a uno de esos principios generales que dan forma a un ordenamiento”.

¹⁰⁰⁷ TUDELA ARANDA, J., “Significado y función de los nuevos recursos turísticos en la nueva legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.) *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 117.

¹⁰⁰⁸ En el mismo sentido, y con el mismo acierto, se pronuncia la profesora Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los sentidos y contrasentidos del fomento del turismo en España”, cit., pág. 94, cuando manifiesta que “La calidad no debe ser, en ningún caso, un concepto estrictamente ligado al producto turístico privado. La calidad de la oferta turística ha de depender, en gran medida, de la acción pública, de la gestión pública sobre el conjunto de estructuras sobre el que descansa la oferta turística. Este dato es fundamental porque debe abrir una perspectiva nueva a la política de calidad. Son las administraciones las primeras que deberán asumir como propios los retos que desean desarrollar en el sector privado”.

¹⁰⁰⁹ En este sentido, el profesor BOUAZZA ARIÑO, O., *La planificación territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico*, cit., pág. 54, incide en la idea de la fuerza que el sector privado tiene en la industria del turismo, que tiende normalmente, como es lógico, a obtener el máximo beneficio económico, de ahí que se considere necesaria la intervención del poder público para proporcionar un equilibrio más justo teniendo en cuenta otros elementos. En la misma línea, David BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), “Presentación”, en *La calidad integral del turismo. V congreso de turismo*,

crecimiento de la oferta, es decir, si solo se tienen en cuenta criterios economicistas a la hora de regular el sector turístico? Pues, en principio, la respuesta es sencilla: un aumento incontrolado de la oferta turística, pudiendo sobrepasarse la capacidad de carga¹⁰¹⁰ de los destinos sin que las Administraciones competentes dispongan de instrumentos adecuados para limitar ese exceso, produciéndose efectos muy negativos sobre los propios recursos turísticos. Según explica el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER de manera meridiana “Pero es que los propios objetos y situaciones que despiertan la atracción del turista no sobrevivirían en el mundo actual si se dejara jugar libremente a las reglas del mercado. Hay equilibrios tradicionales que han demostrado su virtualidad para proteger objetos y situaciones: pero a veces irrumpen inesperados agentes agresivos. Cuando los viejos equilibrios se rompen (y en ocasiones se rompen bruscamente) se reclaman respuestas también enérgicas para defender los valores implicados. Entra en juego así la necesidad de una decidida intervención del Estado [...] lo que no hace sino resaltar el inequívoco papel que debe desempeñar el Estado, a través de todo el conjunto de organismos que lo integran”¹⁰¹¹.

El Estado, en el uso de sus competencias, y las comunidades autónomas no deben bajar la guardia en la consecución del objetivo de calidad mencionado, sino que deben utilizar todas las medidas necesarias y adecuadas para alcanzarlo, incluidos los controles administrativos previos si fuera menester. Sobre todo,

Universidad y Empresa, cit., pág. 23, señala, muy certeramente, que “El desarrollo no puede entenderse de forma simple y unidimensional, sino multidimensionalmente o como un sistema complejo que es la sociedad. [...] El propio desarrollo económico, que es aquí tomado como un medio y no como un fin en sí mismo, no puede sostenerse sino se apoya en otros aspectos sociales, culturales, etc.”. Por último, también he de mencionar a Antonio VILLANUEVA CUEVAS, “La necesidad de una nueva perspectiva de regulación en la legislación autonómica en materia de turismo”, cit., pág. 2, donde indica que “Pero el turismo es mucho más que un sector económico vital para nuestro desarrollo económico. Es un instrumento básico para alcanzar mayores niveles de cohesión económica, social y cultural de los territorios”.

¹⁰¹⁰ Ya se ha hecho referencia a este concepto de “capacidad de carga”, pero conviene repetir lo que significa según el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente “el máximo número de personas que pueden visitar un lugar al mismo tiempo sin causar daños físicos, económicos, socioculturales o ambientales, así como un inaceptable descenso de la satisfacción de la satisfacción de los visitantes”, en GARCÍA SAURA, P.J., *Desarrollo sostenible y Turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 140;

¹⁰¹¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Prólogo a la obra de BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación del territorio*, Atelier, Barcelona, 2006. Se puede consultar asimismo en, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *El Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, 2ª ed., pág. 398.

cuando los nuevos sistemas instaurados, declaraciones responsables y comunicaciones previas, no han sido previstos para una labor tan complicada: mantener unos niveles de calidad adecuada en la oferta turística. Las comunidades autónomas, mejor que nadie, deberían saber que el éxito del turismo español de los últimos años no ha podido ser fruto la casualidad, sino del esfuerzo compartido entre el sector público (realizando las actividades propias de su naturaleza, es decir, legislar, ordenar y fomentar) y el sector privado (manteniendo unos niveles adecuados de competitividad y calidad).

3.- Impacto de la Directiva Servicios sobre los diferentes subsectores turísticos

3.1.- Introducción. La calidad global de la experiencia turística.

En el anterior epígrafe se ha expuesto una visión general del impacto que la Directiva Servicios y sus normas de transposición, es decir, lo que he dado en llamar el bloque normativo de la liberalización, han tenido sobre el sector turístico en general, es decir, sin tener en cuenta las especialidades de cada subsector turístico, que pueden ser, además, muy relevantes.

Y es que, es cierto, sobre el sector turístico debe adoptarse una visión global, de destino o producto único¹⁰¹², teniendo en cuenta que los turistas, en su experiencia, hacen una valoración completa de todo lo vivido, no sólo del alojamiento o de la restauración individualmente consideradas¹⁰¹³. Pero qué duda cabe que esa experiencia,

¹⁰¹² El profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible del turismo desde la ordenación del territorio*, Atelier, 2006, pág. 161, incide en esta cuestión, cuando propugna por una visión global e integrada de la política turística SOLA TEYSSIERE, J., *Ordenación territorial y urbanismo de las zonas turísticas*, cit., pág. 19, “Los servicios ofrecidos al turista no son el fin en sí mismo, sino un medio a través del cual el turista consigue su satisfacción global a su experiencia”, y pág. 36, “La valoración de la calidad que, sobre un determinado producto mantiene los turistas se remite directamente a la vivencia global que hayan experimentado en relación con el conjunto del destino turístico”.

¹⁰¹³ CARBALLO, M^a. M., ARAÑA, J. E., LEÓN, C., GONZÁLEZ, M. y MORENO, S., “Valoración económica de la imagen de un destino”, *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, Vol. 9, núm.

esa vivencia global del usuario turístico, está formada por todas y cada una de las actividades turísticas en las que haya participado.

Por consiguiente, es importante garantizar un servicio de calidad en todos y cada uno de los subsectores turísticos que componen la oferta turística global¹⁰¹⁴. De qué sirve, por ejemplo, ofrecer un alojamiento de muy alta calidad si la restauración no es adecuada o la densidad de turistas convierte la experiencia en algo estandarizado o frívolo. La satisfacción del turista ha de tener en cuenta todos y cada uno de los elementos que forman la experiencia vivida por el mismo. Si se quiere garantizar la satisfacción global del turista, habrá que afianzar la calidad de todos y cada uno de los diferentes subsectores que componen la oferta turística, es decir, la calidad total de la oferta turística. Así, se habrá logrado lo que el profesor David BLANQUER CRIADO ha denominado la “calidad integral del turismo”, porque, “no se trata de medir la calidad de ciertos sectores por separado como pueden ser medios de transporte, establecimientos hoteleros, etcétera, sino que es necesario medir la calidad presentada al turista en una determinada zona de destino”¹⁰¹⁵. Esto es lo que se puede llamar calidad del producto turístico

No obstante lo anterior, considero importante realizar un análisis detallado del efecto que la Directiva Servicios ha tenido, o puede tener, en cada uno de los

1, 2011, pág. 3, señalan que “Los turistas perciben el destino como una percepción global que incluye una variedad de ofertas y servicios [...] durante sus vacaciones, los turistas consumen el destino como una experiencia global e integrada que incluye muchas experiencias en las que intervienen múltiples aspectos externos”. En el mismo sentido, PULIDO FERNÁNDEZ, J.I., “El reto de la calidad en la gestión turística de los espacios naturales protegidos”, en BLANQUER CRIADO (Dir.), *La calidad integral del turismo*, cit. pág. 162, “Lo que el turista valora no es la satisfacción que le produce un servicio o producto en concreto, sino su experiencia turística como algo global”

¹⁰¹⁴ MARTÍN VALLES, D., “Calidad en los servicios. Una aproximación metodológica”, cit., pág. 29, hace especial hincapié en esta visión global al señalar que “cada producto turístico elemental que compone el destino (y sus accesos) es altamente complejo y diferenciado, que requiere un tratamiento específico y completo, por lo que es preciso considerar cada subsector turístico, de forma individualizada, para incidir en la esencia y por tanto, en la mejora de los servicios prestados. Además hay que tener en cuenta la globalidad del negocio turístico, que provoca que los conceptos aplicables al servicio turístico son universales, lo que hace que se puedan establecer pautas comunes a todos los destinos”

¹⁰¹⁵ BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), “Presentación”, en *La calidad integral del turismo. V congreso de turismo, Universidad y Empresa*, cit., pág. 22.

subsectores turísticos individualmente considerados. A estos efectos, no genera el mismo riesgo la falta de controles previos en las actividades turística de restauración que en el turismo activo. Ambos serán tenidos en cuenta para medir la satisfacción global del turista, la calidad total del producto, pero el riesgo que soporta el consumidor es muy diferente y por ello considero importante medir el impacto del bloque liberalizador sobre cada una de las actividades turísticas individualmente consideradas. Es por esto, precisamente, por lo que sorprende en gran medida que la Directiva Servicios y las correspondientes normas de transposición no hayan tenido en cuenta “las particularidades de cada tipo de servicio y profesión y sus respectivos sistemas de regulación”, tal y como señala BERBEROFF AYUDA¹⁰¹⁶.

Para la clasificación de los subsectores turísticos he utilizado la que, con carácter general, realizan las diferentes leyes de turismo autonómicas¹⁰¹⁷. Así, se puede distinguir entre:

- Actividad turística de alojamiento. Esta, a su vez, se clasifica en diferentes modalidades a las que no me voy a referir en concreto por ser irrelevante al estudio que aquí estoy realizando. Si haré mención especial, sin embargo, a los campamentos de turismo, ya que presentan elementos característicos que puede resultar importante matizar.
- Actividad turística de intermediación.
- Actividad turística de restauración.

¹⁰¹⁶ BERBEROFF AYUDA, D., “La Directiva 2006/123/CE y su contexto”, cit., pág. 25, “Me pregunto, sin embargo, cómo es posible establecer un marco jurídico general que beneficie a una amplia gama de servicios sin descuidar, al mismo tiempo, las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y sus respectivos sistemas de regulación, tal y como afirma, en mi opinión con cierta ingenuidad, el considerando séptimo de la Directiva 2006/123.”

¹⁰¹⁷ Aunque se puedan encontrar diferentes clasificaciones en la normativa turística autonómica, se pueden reconducir, sin ningún esfuerzo, a la que se hace referencia más arriba.

- Actividades turísticas complementarias. Esta categoría engloba un gran número de diferentes actividades. En este trabajo, voy a hacer referencia específica a dos de ellas: el turismo activo y el denominado ecoturismo.
- Profesiones turísticas. Dentro de las cuales se puede destacar, por su importancia, la de guías turísticos.

3.2.- Actividad turística de alojamiento.

La actividad turística de alojamiento puede ser considerada como una de las más importantes dentro del sector turístico¹⁰¹⁸, y de la que, en buena medida, dependen el resto de actividades turísticas. Por actividad turística de alojamiento se entiende, según la legislación autonómica (generalmente considerada, como es lógico), la prestación de servicio de hospedaje o residencia de manera profesional y mediante precio¹⁰¹⁹.

Pese a que existen numerosas modalidades de alojamientos turísticos¹⁰²⁰, que varían, además, en función de la comunidad autónoma de que se trate, voy a realizar un análisis general de la situación en todo el subsector turístico en nuestro país. Y es que, como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, todas las comunidades autónomas han llevado a cabo la incorporación del bloque normativo de la liberalización a este importante subsector de actividad turística, eliminando con carácter general los sistemas de control previo y sustituyéndolos por los de control posterior¹⁰²¹. Por ello, las

¹⁰¹⁸ Para PÉREZ GUERRA, R., “La intervención administrativa en la clasificación de los establecimientos hoteleros: estudio comparativo en el Derecho turístico español, *Documentación Administrativa*, nº 259-260, 2001, pág. 316 de hecho, estamos ante “el subsector más importante, ya que se parte de un hecho incuestionable y es que sin hoteles no hay turismo, y que difícilmente España se hubiera convertido en uno de los líderes mundiales de este importante sector si no hubiera sido por la inmensa oferta hotelera existente a lo largo y ancho de su territorio”.

¹⁰¹⁹ Estos son los elementos comunes de la actividad turística de alojamiento según las normas turísticas autonómicas: la prestación de un servicio de residencia mediante un precio establecido.

¹⁰²⁰ Hoteles, apartamentos turísticos, hoteles rurales, albergues, pensiones, casas de huéspedes, hoteles urbanos, hoteles rurales, y un largo etcétera.

¹⁰²¹ BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, cit. pág. 504, “Con carácter general, el acceso al ejercicio de la mayoría de

conclusiones que sea capaz de extraer del análisis realizado, serán aplicables, en general, a las diferentes comunidades autónomas. No obstante lo anterior, considero importante realizar un análisis específico del sector de los campamentos de turismo o “campings”, pues, como ya se ha indicado, algunas comunidades autónomas han optado por mantener los sistemas de control previo. Será interesante analizar las causas.

Bien es cierto que, como se acaba de indicar más arriba, la satisfacción última del turista se ha de medir de forma global, teniendo en cuenta todos y cada uno de los servicios turísticos que se le hayan prestado. Pero no es menos cierto que, de todos esos servicios, el alojamiento recibe una especial consideración, pues, de alguna manera constituye, durante el tiempo que dure la estancia en el destino correspondiente, y a todos los efectos, el domicilio del turista¹⁰²².

Por ello, la calidad de este concreto subsector turístico es tan importante para la imagen del destino global percibida por el usuario. De ahí que resulte interesante analizar como puede verse afectada dicha calidad con la incorporación a los correspondientes ordenamientos jurídicos de la Directiva Servicios. Esta norma comunitaria, tal y como se ha explicado ya en reiteradas ocasiones, sustituye de forma sistemática los controles previos por controles posteriores. Más concretamente, los regímenes de autorización previa por declaraciones responsables o comunicaciones previas. Y ante esto, cabe preguntarse ¿Cumplen la misma función, con la misma eficacia y eficiencia, los nuevos instrumentos de intervención administrativa? En mi opinión, tal y como trataré de explicar inmediatamente, no.

actividades y la prestación de servicios turísticos, tradicionalmente sujeto a la obtención de la preceptiva autorización administrativa sectorial, ha pasado a estar condicionado a presentación de la oportuna declaración responsable”

¹⁰²² En este sentido, resulta esclarecedor que la habitación del correspondiente establecimiento de alojamiento donde resida temporalmente el turista, en cualquiera de sus modalidades, este amparado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 de la Constitución y no pueda accederse al mismo sino es mediante resolución judicial o consentimiento expreso del turista.

Por otro lado, no se debe olvidar que los establecimientos de alojamiento turístico no dejan de ser edificios y que, por consiguiente, al margen del correspondiente control turístico (previo o posterior), estarán sometidos igualmente a la normativa urbanística y territorial que les sea de aplicación. Ambas cuestiones, como es fácilmente comprensible, están íntimamente relacionadas. Pero, pese a ello, no debemos olvidar que, si se me permite utilizar una castiza expresión, *una cosa es una cosa, y otra cosa es otra cosa*. Es decir, el control urbanístico pretende garantizar que el edificio construido o rehabilitado se adecúa a los usos previstos en el planeamiento. Sin embargo, el control turístico tiene como objetivo garantizar que el edificio de que se trate cumpla los requisitos de calidad correspondientes, que sea acorde a la imagen que se quiere proyectar y, por consiguiente, satisfaga los deseos del usuario. En definitiva, los controles tienen objetivos diferentes, pese a que, en el fondo, estén muy relacionados¹⁰²³.

Cuestión diferente será, como analizaré en el epígrafe correspondiente, que ambos tipos de controles puedan realizarse por la misma Administración y de manera simultánea, lo que supondría, sin duda, una verdadera simplificación y una auténtica disminución de las cargas administrativas.

Pero la cuestión que ahora interesa ya ha sido planteada en sus justos términos, es decir ¿Cómo afectan los nuevos sistemas de control posterior a los servicios de alojamiento turístico?

3.2.1.- Breve análisis de la situación anterior

Antes de nada, se ha de indicar que con el sistema anterior, es decir, con el régimen de autorización previa, la Administración llevaba a cabo un análisis previo del

¹⁰²³ Como es lógico, el control urbanístico garantiza a los ciudadanos una mínima calidad de vida en la correspondiente ciudad, independientemente de que sean vecinos o turistas.

cumplimiento de los requisitos, verificando que el proyecto cumplía la normativa correspondiente y por tanto se ajustaba a los criterios preestablecidos. Si no se ajustaba a los requisitos correspondientes, la Administración no otorgaba la autorización. Si se ajustaba a la normativa, por el contrario, sí se autorizaba la realización del proyecto. Podía ocurrir, incluso, que la Administración otorgara la correspondiente autorización con condiciones.

En cualquier caso, la Administración actuaba de forma preventiva intentando garantizar desde el primer momento, desde que la idea se plasma en un proyecto, que la apertura¹⁰²⁴ de los establecimientos de alojamiento turístico se ajustase a lo previsto en las normas correspondientes.

Además, la Administración mantenía el control durante toda la vida del proyecto, ya que las autorizaciones turísticas eran de las denominadas “de tracto sucesivo”, es decir, “aquellas que generan una relación constante entre la Administración turística y la empresa o establecimiento de esta misma naturaleza”¹⁰²⁵, lo que obligaba a la empresa promotora a mantener los requisitos intactos durante todo el tiempo que estuviera abierto el establecimiento de alojamiento correspondiente, con el riesgo de que, en caso de incumplimiento, se rebajara la categoría del establecimiento o, incluso, se decretara el cierre del establecimiento.

En definitiva, era la Administración turística correspondiente quien realizaba la interpretación normativa (en cumplimiento de su función ejecutiva), lo que garantizaba una aplicación objetiva y unitaria de las normas jurídicas. Algo que, como veremos, no ocurre con los nuevos instrumentos de intervención administrativa, ya que esa interpretación debe ser realizada por cada promotor al inicio de la actividad.

¹⁰²⁴ La apertura de un establecimiento turístico de alojamiento puede tener lugar, sin ánimo de ser exhaustivo, como consecuencia de la construcción (de nueva planta), ampliación de uno existente, o rehabilitación de un edificio destinado con anterioridad a otro uso. Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 24.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo de Canarias.

¹⁰²⁵ FERNANDEZ RODRIGUEZ, C., *Derecho administrativo del Turismo*, Ed. Marcial Pons, 4ª, ed., Madrid, 2007, pág. 190.

Por otro lado, la intervención administrativa de los alojamientos turísticos se basaba también en la clasificación obligatoria del correspondiente alojamiento por parte de la Administración competente.

En definitiva, dicha situación “distaba mucho del horizonte liberalizador y favorecedor de la libre competencia entre los operadores pretendido por la Directiva de servicios y se inscribía en una lógica de intervención administrativa sólida y robusta, en garantía de la calidad de los servicios, pero a costa de la libre implantación y circulación de servicios y productos turísticos”¹⁰²⁶. En este sentido, la incorporación del bloque normativo de la liberalización parece que puede resultar positivo, pues liberaliza el mercado y facilita la concurrencia entre las empresas, aumentando la competitividad, pero, ¿No se verá afectada la calidad de los servicios turísticos de alojamiento? En este sentido, según pienso, los nuevos sistemas de control posterior instaurados para los establecimientos de alojamiento turístico, pueden acarrear, en mi opinión, importantes efectos negativos y repercutir negativamente en la calidad de los servicios, si no se utilizan adecuadamente.

3.2.2.- Efectos de la incorporación de la Directiva Servicios al sector turístico de los alojamientos

En primer lugar, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la mayoría de las comunidades autónomas optan por la utilización de la técnica de la declaración responsable¹⁰²⁷, instrumento que, como hemos tenido ocasión de señalar más arriba,

¹⁰²⁶ BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, cit., pág. 500.

¹⁰²⁷ Baleares (artículo 23.3, de la Ley 8/2012, de 19 de julio), Cantabria (artículo 18.1 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo), Asturias (artículo 25 de la Ley 7/2001, de 22 de junio), Castilla y León (artículo 21 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre), País Vasco (artículo 8 de la Ley 6/1994, de 6 de marzo), Madrid (artículo 21 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo), Navarra (artículo 14.3, de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero), Castilla La Mancha (artículo 9 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo), Andalucía (artículo 34 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre), Galicia (artículo 41 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre), artículo 48 de la Ley 2/2011, de 31 de enero.

plantea importantes dudas a la doctrina. Y es que, en efecto, su utilización como técnica de intervención administrativa es, cuando menos, cuestionable¹⁰²⁸.

Sin embargo, existen comunidades autónomas que utilizan la comunicación previa¹⁰²⁹. En concreto, Aragón (artículo 27 del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón), Cataluña (artículo 38 en relación con el artículo 68.c bis) de la Ley 13/2002, de 21 de junio), y La Rioja (artículo 8.2 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo),

Al margen de que pueda resultar más adecuado el uso de la comunicación previa frente a la declaración responsable¹⁰³⁰, lo relevante, en mi opinión, es que junto con la

¹⁰²⁸ En este sentido, se puede mencionar a RODRIGUEZ FONT, M, “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 87, “La declaración responsable ofrece menos dudas: desde nuestro punto de vista no se trata de una forma de intervención”, y pág. 92, “desde nuestro punto de vista la declaración responsable no es una técnica de control, si no que acompaña a estas facilitando su tramitación”; MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, cit., págs. 281-282, “Ahora, en el proceso de reforma del sector servicios, el legislador parece empeñado en dotar a la declaración responsable de un significado propio y de una autonomía que en realidad no tiene. A mi juicio, la declaración responsable debería haberse quedado como una técnica de simplificación documental, en ocasiones anudada a procedimientos de autorización o comunicación previa, no como una verdadera alternativa a la autorización administrativa. Su alcance y características son, además, muy heterogéneos, resultando difícil encontrar notas definitorias comunes. Unas veces, en efecto, la declaración responsable supone simplemente un aplazamiento de la acreditación documental a un momento posterior del procedimiento. Otras veces, ni siquiera exime de adjuntar la documentación exigida por la normativa sectorial.”; También, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, cit. pág. 103, “Las únicas referencias que permiten trazar unas diferencias entre las declaraciones responsables y comunicaciones previas están en que la declaración responsable permite acceder al reconocimiento de un derecho o facultad y tan solo implica la manifestación de disponer de los requisitos y documentos necesarios sin necesidad de aportarlos en sede administrativa. En cambio, la comunicación pone en conocimiento, por lo que parece indicar que se presenten físicamente los documentos ante la Administración...facilitando cierto control de forma ex ante”.

¹⁰²⁹ BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, cit., pág. 504, “Con carácter general, el acceso al ejercicio de la mayoría de actividades y la prestación de servicios turísticos, tradicionalmente sujeto a la obtención de la preceptiva autorización administrativa sectorial, ha pasado a estar condicionado a la presentación de la oportuna declaración responsable. No ha habido unanimidad en la adopción del mecanismo de la declaración responsable, por cuanto algunas leyes autonómicas recurren a alternativamente a la comunicación previa, otras parecen asimilar uno y otro instrumento (así en la ley valenciana), mientras que la reforma catalana ha simplemente suprimido todo tipo de régimen de intervención administrativa específico en materia de turismo (sin perjuicio de los regímenes derivados de otras normas sectoriales aplicables).

¹⁰³⁰ BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, cit., pág. 504, Toda esta diversidad revela un entendimiento confuso de los nuevos

declaración o comunicación se exija la presentación de documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos correspondientes¹⁰³¹.

Si se ha de presentar, junto con la comunicación/declaración responsable los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos normativos, se facilitará, en gran medida, el trabajo de comprobación posterior a la Administración turística competente, lo que redundará en una mayor eficacia de la actividad de control. Parece, por tanto, que la obligación de presentar la correspondiente documentación puede redundar en un mejor sistema de control posterior.

Sin embargo, si no se establece la obligación de presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos, la Administración turística no tendrá conocimiento alguno de los elementos esenciales del proyecto de establecimiento de alojamiento cuya apertura se realiza, lo que implica la necesidad de llevar a cabo una actividad de comprobación posterior inmediata para asegurarse del cumplimiento de los requisitos, algo que, en estos momentos de escasez presupuestaria, no todas las Administraciones están en disposición de llevar a cabo. Amén de que muchas comunidades autónomas, como ya he señalado, ni siquiera se refieren a la posibilidad de llevar a cabo este tipo de controles en sus leyes sobre turismo.

mecanismos de intervención, acaso fundado en la indefinición de los preceptos que los regulan con carácter básico desde su introducción en escena por obra de la ley «ómnibus». En ambos casos, (declaración responsable y comunicación previa) se cumplen los dos principios primordiales de la Directiva —simplificación administrativa y libre establecimiento de los prestadores—, limitándose el papel de la Administración a la recepción de documentos, a la inscripción de oficio en los correspondientes registros y a la posibilidad de ejercitar su potestad inspectora. No obstante, parece más conveniente el recurso al mecanismo de la comunicación previa, en atención a lo delicado de un sector de servicios como el turístico en el que tanto los destinatarios —turistas que, en algunos casos, ni siquiera conocen el idioma que se habla en el territorio y cuya posición de relativa debilidad como consumidores debe ser ciertamente valorada—, como los ámbitos en los que se desarrollan dichos servicios —terrenos con un alto valor ambiental, cultural, histórico o patrimonial—

¹⁰³¹ Se mencionan, a continuación las comunidades autónomas que exigen, junto con la declaración/comunicación, la presentación de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos correspondientes: Canarias (artículo 24.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril), La Rioja (artículo 8.2 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo), Andalucía (artículo 34 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre), Castilla y León (artículo 21.2 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre), Baleares (artículo 23.3 de la Ley 8/2012, de 19 de julio).

Y es que, en mi opinión, no tiene sentido exigir a los promotores que cumplan todos los requisitos normativos establecidos, pero sin necesidad de que lo acrediten ante la Administración turística. **Si cumplen los requisitos, y disponen de la documentación acreditativa, no puede calificarse de gravoso exigir la presentación de esa documentación que lo acredite ante la Administración, sobre todo, si tenemos en cuenta que existen actualmente vías telemáticas que permiten la presentación de dicha documentación sin necesidad de acudir al Registro físico correspondiente**¹⁰³².

Por todo ello, no considero, como algún autor ha dicho, un adelanto importante la eliminación de la “gravosa” exigencia de presentar esta documentación¹⁰³³. Más bien, todo lo contrario. Siendo objetivos, si se pondera el coste que supone para las empresas, profesionales y particulares presentar una documentación que, en teoría, ya tienen, con el coste y el esfuerzo que supone a la Administración llevar a cabo dicha comprobación sin más datos que los que facilitan los promotores en la comunicación, parece lógico deducir que es menos costoso lo primero que lo segundo¹⁰³⁴.

Por otro lado, para analizar los efectos del bloque normativo liberalizador sobre el sector turístico de los alojamientos, se han de tener en cuenta, igualmente, los sistemas de control posterior que se han de poner en marcha una vez se ha presentado la comunicación/declaración correspondiente.

¹⁰³² No veo que sea gravoso para una empresa o profesional escanear un documento que ya posee y remitirlo a la Administración competente, bien por correo electrónico, bien mediante otra vía telemática.

¹⁰³³ Así se califica, por ejemplo, por GÓMEZ ALONSO, M. y ÁLVAREZ BESTEIRO, I., “Principales reformas sectoriales: consolidación de la nueva cultura regulatoria”, cit., pág. 32, cuando se refiere a la “gravosa exigencia de acreditar documentalmente el cumplimiento de requisitos”

¹⁰³⁴ Téngase en cuenta que esta argumentación se realiza en un escenario en el que los sistemas de interoperabilidad no están en funcionamiento. Reconozco que no tiene sentido exigir documentación a los particulares si la Administración puede comprobar, por sí misma, el cumplimiento de los correspondientes requisitos mediante la conexión a una base de datos común. Sin embargo, siendo realistas, dicha posibilidad no es todavía efectiva, por lo que es en este escenario concreto en el que ha de entenderse la tesis arriba indicada.

En efecto, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, sin un adecuado sistema de comprobación posterior ejercido por la Administración correspondiente, todas estas técnicas de intervención administrativa no servirían de mucho¹⁰³⁵. Más arriba me he referido al escaso número de comunidades autónomas que, en mi opinión, han establecido un adecuado sistema de control posterior. En concreto, Galicia y Aragón, son las únicas que regulan un régimen de control posterior que puede resultar eficaz teniendo en cuenta los nuevos instrumentos de intervención administrativa¹⁰³⁶.

Y es que esto no es baladí. Voy a tratar de poner un ejemplo. Imaginemos que un promotor de una actividad turística de alojamiento quiere abrir un establecimiento pero no conoce o, aun conociéndolos, no cumple los más mínimos requisitos de calidad exigidos en la normativa correspondiente. Pese a ello, presenta la declaración responsable o comunicación previa indicando que sí cumple los citados requisitos pero, como no está obligado a presentar documentación acreditativa alguna, la

¹⁰³⁵ Aunque ya se ha insistido suficientemente en esta circunstancia, pienso que es importante reiterar lo que ha manifestado la doctrina sobre ese particular. Así, PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar (a propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, cit., pág. 58, donde manifiesta que “Transformar la actuación en la materia en puramente sancionadora sería realmente un dislate de forma que entre la actividad y la potestad sancionadora es preciso colocar o interponer la actividad de comprobación que realmente hasta ahora tenía poca utilización y que, sobre todo, era bastante sencilla porque giraba sobre las condiciones previamente establecidas en el marco de la autorización de realización de la actividad o servicio en cuestión”. También el profesor RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, cit., pág. 85, “Y todo el título de la potestad sancionadora habría de ser revisado para preparar una respuesta eficaz frente a los posibles abusos que puedan ser favorecidos como consecuencia de la relajación de los controles administrativos *ex ante*, que necesariamente han de ser compensados mediante el reforzamiento de controles *ex post*, traducidos en inspecciones y sanciones. Si no se hace así, tendrán razón quienes dicen que estamos ante una operación “desreguladora”; en otro trabajo, RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, cit., pág. 348, “[...] en el cambio de sistema de control, elevar las consecuencias punitivas de quienes aprovechen el levantamiento de las barreras, resulta tan imprescindible como reforzar las dotaciones del aparato inspector y sus capacidades mediante la introducción de medios técnicos que permitan cumplir eficazmente con sus obligaciones, incluyendo la cooperación administrativa”. He de hacer notar que, en mi opinión de forma errónea, el profesor de la Universidad de Salamanca no diferencia entre controles *ex post* y actividad de inspección. En el mismo sentido, BULLEJOS CALVO, C., “El control posterior al inicio de la actividad ocio y su fiscalidad. Función inspectora, de seguridad y salud durante su desarrollo y gestión de emergencias”, en BARRANCO VELA, R., (Dir.) BULLEJOS CALVO, C., (Coord.) *Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. Régimen jurídico de la intervención administrativa tras la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior*, cit., pág. 630, “La [...] potestad de control posterior deviene, en secuencia lógica, de la existencia de una actividad precisada de comunicación previa o declaración responsable, quedando habilitada la Administración para ejercer y someter la misma a un procedimiento de control posterior”. En mi opinión, esa habilitación de la Administración es, además, una obligación.

¹⁰³⁶ Ver epígrafe 2.1.4.1.3.

Administración no puede saber, en el momento de la declaración/comunicación si se están observando realmente los requisitos. Si además, no se ha configurado un adecuado régimen de comprobación posterior, la Administración puede no conocer la situación irregular del establecimiento hasta pasados meses o años, o cuando reciba la denuncia de algún usuario o consumidor turístico. Es decir, cuando el daño a la imagen del destino turístico está ya producida y se haya propagado.

A la vista de todo lo anterior, parece fácil deducir que el nuevo sistema de intervención administrativa instaurado para los establecimientos de alojamiento, basado en las comunicaciones previas y declaraciones responsables, no va a ser tan efectivo como la antigua autorización previa. No quiero decir con ello, ni mucho menos, que el sistema de control previo basado en la autorización fuera perfecto, puesto que distaba mucho de ser calificado como tal. En efecto, podía suponer una carga administrativa inasumible para algunos promotores de estas actividades de alojamiento, más costes económicos por el tiempo de inactividad hasta que se concediese la autorización, etcétera. Pero, pese a ello, la Administración turística podía controlar la calidad de los alojamientos turísticos desde el primer momento, garantizando que aquellos que estaban abiertos al público cumplieran los requisitos normativos establecidos.

Sin embargo, ahora es posible que un promotor de una actividad turística de alojamiento presente una declaración responsable e inmediatamente comience a ejercer la actividad correspondiente. Y todo ello sin que ninguna Administración pública lleve cabo, en un mínimo periodo de tiempo, una comprobación sobre el cumplimiento de los requisitos correspondientes. En este sentido, es posible que la Administración deba confiar más en lo particulares y empresas dedicados a este tipo de actividades de alojamiento turístico¹⁰³⁷, pero también debemos preguntarnos hasta qué punto este

¹⁰³⁷ Así lo pone de manifiesto NEVADO BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, en la obra colectiva *Mercado europeo de reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 177, “La Directiva 2006/123/CE, hace una clara apuesta por el principio de confianza legítima en una doble dirección, tanto desde la posición del ciudadano (prestador/destinatario) hacia la Administración, como de la propia Administración hacia aquel que, inicialmente, avala y asume una responsabilidad propia en el cumplimiento de las exigencias iniciales necesarias para la puesta en marcha y desarrollo de la actividad de servicio de que se trate. Y en este sentido es donde reside el principal cambio, la auténtica evolución, ya que, mientras en el caso de la confianza legítima del

sistema de control típicamente anglosajón puede ser efectivo en una cultura como la nuestra¹⁰³⁸. En este sentido se ha pronunciado el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER al señalar, refiriéndose a las novedades introducidas por la Directiva Servicios, que: “se trata de un cambio facilitador, sin duda, y positivo desde tantos aspectos, si bien no deje de ocasionar preocupación en un país de listillos y tramposos como el nuestro, donde, la mentira es un hábito demasiado frecuente, donde a diferencia de los países del norte, no se han adaptado los imprescindibles instrumentos penales, y donde se tiene la constancia de que en tantas ocasiones la Administración no ha de controlar si las actividades se desarrollan cumpliendo la legalidad [...] A veces se tiene el impulso de introducir novedades, pero hay que estar bien seguro de los efectos que han de seguir a las innovaciones”¹⁰³⁹

En mi opinión, antes de realizar este cambio radical en el sistema de control administrativo, hubiera sido necesario plantearse si existían razones imperiosas de interés general que justificaran el mantenimiento de controles previos, como pienso que es el caso. La garantía de la calidad turística, o la defensa de los derechos de consumidores y usuarios, hubieran podido servir de sólido soporte a un sistema de control previo, sin mencionar otras razones como las de ordenación del territorio y medioambientales que, igualmente, pueden constituir una razón suficiente para mantener la autorización como sistema de acceso a la actividad de alojamiento turístico¹⁰⁴⁰. No se puede olvidar que, en la calidad turística, el control preventivo es

ciudadano en el proceder o comportamiento de la Administración sí había sido tratada y desarrollada como uno de los fundamentos o principios más espiritualistas de un Derecho como el Administrativo [...] la confianza de la Administración en el ciudadano hasta el punto de que este puede llegar a sustituir la principal labor de control de las autoridades respecto de la puesta en marcha de una actividad, no lo ha sido tanto”.

¹⁰³⁸ Muy certeramente lo dice la profesora LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, cit. pág. 14, “Los instrumentos voluntarios y el compromiso que asume el operador al realizar la comunicación previa o la declaración responsable, no parece que puedan resultar suficientes para garantizar de forma efectiva los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios teniendo en cuenta que no vivimos en una cultura anglosajona, que repudia absolutamente la mentira y que la ley no contempla un incremento o refuerzo de los mecanismos de inspección y control para cometer con eficacia el presunto control a posteriori de las actividades.

¹⁰³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El Derecho Administrativo ante la crisis”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, 2012, pág. 129.

¹⁰⁴⁰ Véase, a estos efectos, el caso de canarias, donde el artículo 24.2 mantiene la autorización previa para aquellos supuestos de construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de establecimientos turísticos de

esencial. Se debe evitar, con todas las medidas oportunas, el daño a la imagen del destino turístico. Por ello considero tan importante el mantenimiento de controles previos aunque adaptados a las necesidades de los profesionales y empresarios para evitarles costes inútiles e innecesarios.

En definitiva, una reforma sí, pero no la eliminación de raíz de los controles previos turísticos.

3.3.- Mención especial a los campamentos de turismo.

Pese a que los campamentos de turismo o campings son considerados como una actividad de alojamiento turístico, sus especiales circunstancias justifican que sean analizados en un epígrafe especial.

Estas especiales circunstancias a las que me refiero, tienen que ver, fundamentalmente, con el medio donde se realizan, es decir, normalmente en plena naturaleza. Esto que, precisamente, aporta un valor añadido a la actividad¹⁰⁴¹, puede suponer, de la misma forma, un riesgo importante tanto para el medio ambiente donde se desarrollan, como para los consumidores y usuarios que disfrutan de la misma. Es por esto por lo que se ha de llevar a cabo una intervención administrativa más intensa que para el resto de actividades de alojamiento turístico.

alojamiento cuando, por razones medioambientales, o de ordenación del territorio, este legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico y, especialmente, siempre que dichas limitaciones vengan justificadas en la ordenación territorial atendiendo a la capacidad de carga de las islas.

¹⁰⁴¹ Los campamentos de turismo son vistos actualmente como un tipo de turismo relacionado con una filosofía de vida, es decir, contacto directo con la naturaleza, aire libre, etc., sin embargo, en los años sesenta y setenta del pasado siglo, no estaban tan bien vistos. De hecho a este tipo de turismo se le calificaba despectivamente como “turismo de alpargata”. Ver JIMEMEZ GAGO, M^a. I., *Políticas públicas y Turismo*, cit., pág. 121.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo anterior, se debe señalar que algunas comunidades autónomas han sido sensibles a estas circunstancias y han mantenido los sistemas de autorización previa. Así, Galicia (artículo 45 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre); Asturias (artículo 25.7 de la Ley 7/2001, de 22 de junio) y Aragón (artículo 26.1.c) del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón). Esta última denomina a los campamentos de turismo “alojamientos turísticos al aire libre”. Además, de todas ellas, sólo Aragón justifica el mantenimiento del régimen de autorización previa en la necesidad de garantizar la seguridad pública, la protección civil y la conservación del medio ambiente (lo que constituirían las razones imperiosas de interés general)¹⁰⁴², mientras que Galicia y Asturias no se refieren a ninguna razón para justificar el mantenimiento del control previo.

Ante esta circunstancia cabe preguntarse ¿Sólo en Galicia, Aragón y Asturias existen estos riesgos sobre el medio ambiente y sobre los derechos de los consumidores? Obviamente, no. Lo que ocurre es que estas comunidades autónomas han ponderado adecuadamente los intereses en juego, y han determinado que existen razones imperiosas de interés general que pueden limitar la libertad de empresa de los promotores de los campamentos de turismo. Libertad que, como ya se ha indicado, es constitucional pero no absoluta.

Las restantes comunidades autónomas, o bien no han sopesado adecuadamente los intereses en juego, transponiendo el bloque normativo liberalizador sin realizar un análisis adecuado de los diferentes subsectores turísticos; o bien, habiendo realizado dicho estudio, ponderando los diferentes intereses, han determinado que es más importante la libertad de empresa que la protección del medio ambiente y la defensa de los consumidores y usuarios. En ambos supuestos estaríamos, en mi opinión, ante una transposición inadecuada de la Directiva Servicios. En el primero, porque se trataría de una incorporación de la norma comunitaria mediante una simple copia, sin tener en

¹⁰⁴² Sin duda Aragón ha tenido muy presente a la hora de transponer la Directiva Servicios y ponderar los intereses en juego el dramático caso del “camping de Biescas”.

cuenta las especiales circunstancias del ordenamiento concreto, lo que desnaturalizaría las fuentes del Derecho comunitario¹⁰⁴³. En el segundo, porque en la transposición, las comunidades autónomas habrían ido más allá de lo exigido en la propia Directiva¹⁰⁴⁴, pudiendo reclamarse por los particulares el denominado “efecto directo de exclusión”¹⁰⁴⁵ si entienden que las normas correspondientes no garantizan adecuadamente sus derechos.

3.4.- Actividades de intermediación turística

Por actividad turística de intermediación se entiende aquella actividad de mediación entre los profesionales y empresas prestadoras de servicios turísticos y los consumidores y usuarios. Estas empresas de intermediación se dedican también, habitualmente, a la organización de viajes que ofrecen a los turistas a cambio de un precio determinado. Estos, en vez de tener que contratar todos los servicios de forma individualizada, (transporte, alojamiento, guías, etcétera) contratan lo que se denomina un “viaje combinado”¹⁰⁴⁶ por un precio único que les incluye varios servicios turísticos.

Actualmente, la actividad de intermediación turística se realiza, bien por agencias de viaje (que, además, pueden clasificarse en mayoristas, minoristas o

¹⁰⁴³ SORIANO GARCÍA, J. E., *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, cit. pág. 100.

¹⁰⁴⁴ Ya he mencionado como el legislador estatal y los autonómicos han optado por un “enfoque ambicioso” en la transposición de la Directiva Servicios

¹⁰⁴⁵ MARTINEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión”, cit. pág. 675.

¹⁰⁴⁶ Actualmente, los viajes combinados están regulados en el Libro IV del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (artículos 150 a 165), como consecuencia de la transposición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. La inclusión del régimen jurídico de los viajes combinados en la norma general sobre protección de los consumidores y usuarios es indicativo de los riesgos consustanciales a este tipo de actividad, donde los derechos de los turistas pueden ser fácilmente vulnerados.

mayoristas-minoristas)¹⁰⁴⁷ o bien, por centrales de reserva. A estas e concreto, solo se refieren algunas comunidades autónomas indicando, como característica común esencial, que no podrán recibir contraprestación alguna por parte de los usuarios ni podrán comercializar viajes combinados¹⁰⁴⁸. En este epígrafe analizaré, fundamentalmente, el régimen de las agencias de viaje.

Antes de la aprobación del bloque normativo de la liberalización, para comenzar a prestar este tipo de actividades, era necesario obtener de la Administración turística competente un título habilitante. Es decir, estaba configurado como un sistema de control administrativo previo.

Sin embargo, la transposición de la Directiva Servicios ha venido a cambiar la configuración del sistema tradicional en todas las comunidades autónomas, sin excepción, sustituyendo el título habilitante previo por una declaración responsable o comunicación previa¹⁰⁴⁹. De tal forma, que los promotores de esta actividad ya no necesitan esperar a que se emita el título habilitante para comenzar la actividad de intermediación, sino que basta la presentación de la declaración o comunicación para iniciar la prestación de servicios.

¹⁰⁴⁷ Esta tradicional clasificación, que ya se contenía en la normativa estatal hoy derogada, Real decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regulaba el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viaje, se mantiene en algunas comunidades autónomas aunque, dicho sea de paso, sin mucha razón, ya que nada obsta a una agencia mayorista a vender sus productos directamente a los consumidores y usuarios. No obstante algunas regiones mantienen la referida clasificación como, por ejemplo, Navarra, en el artículo 26.3 de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero; Madrid en el artículo 32 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo; o La Rioja en el artículo 18 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo.

¹⁰⁴⁸ Véase, a estos efectos, el artículo 18.2 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja; el artículo 49.1.b) de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla Y León; artículo 47.2 de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, de Turismo de Aragón; artículo 85 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia. No parece, en mi opinión, que tenga mucho sentido la existencia de este tipo de actividades si no se obtiene un rendimiento económico. A no ser que se utilicen como medio de promoción para el consumo de otros servicios turísticos, en cuyo caso, debería estar, también, adecuadamente ordenado.

¹⁰⁴⁹ Tampoco en este ámbito hay uniformidad respecto a la utilización de la declaración responsable o la comunicación previa. Aunque la mayoría de las comunidades autónomas optan, al igual que con los alojamientos turísticos, por la declaración responsable.

Procedo a continuación a analizar, primero, como ha quedado regulada esta actividad turística después de la transposición de la Directiva para, posteriormente, analizar los efectos que esta norma ha tenido sobre la misma.

3.4.1.- La regulación jurídica de la actividad de intermediación después de la aprobación de la Directiva Servicios

La regulación de la actividad turística de intermediación no es uniforme en todas las comunidades autónomas, lo que puede generar algún tipo de problema, tal y como ha puesto de manifiesto la profesora GONZÁLEZ CABRERA¹⁰⁵⁰. Mientras algunas se refieren en exclusiva a las agencias de viaje (País Vasco o Valencia, por ejemplo), otras añaden también, dentro de esta categoría, a las denominadas centrales de reserva (Galicia o Asturias).

En relación a las agencias de viaje, se ha de tener en cuenta que muchas comunidades autónomas reservan a estas, en exclusiva, la comercialización de los viajes combinados¹⁰⁵¹. Mientras que otras, por el contrario, nada dicen al respecto¹⁰⁵². En

¹⁰⁵⁰ Cabe mencionar en este aspecto una reflexión realizada por la profesora GONZÁLEZ CABRERA, I., “La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viaje”, *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2010, pág. 4, donde manifiesta que “Ahora bien, dicho esto, tampoco puede obviarse otro dato y es que, al propio tiempo, la actividad que realizan las agencias de viaje (aunque lo podemos extender a otros operadores jurídicos) es una actividad mercantil, y esta queda reservada, con carácter exclusivo, al legislador estatal. Además, la prestación de diversos servicios como actividades mercantiles en el territorio de las distintas comunidades autónomas no deben ser significativamente diferentes entre ellas, pues, en tal caso y, en contra de los objetivos perseguidos por la Directiva Servicios, la distinta regulación contenida en los ordenamientos autonómicos podría convertirse en un obstáculo artificial no previsto en la Directiva y que a la postre, contribuya a crear nuevas trabas para la libertad de establecimiento y explotación de los servicios en el mercado interior de los operadores nacionales y de los distintos Estados miembros”.

¹⁰⁵¹ Sin ánimo de ser exhaustivo, cabe mencionar: Artículo 83.2 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre de turismo de Galicia que indica que “Las empresas de intermediación turística que organicen o comercialicen pertenecerán necesariamente al grupo de agencias de viaje.”; Artículo 54 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña; Artículo 32 de la ley 1/1999, de 12 de marzo, de Turismo de Madrid; Artículo 46 de la Ley 6/2003, de 27 de febrero de Turismo de Aragón.

¹⁰⁵² Artículo 18 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja; Artículo 36 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de Murcia; Artículo 79 de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del Turismo de Extremadura;

relación a las primeras, cabe plantearse ¿No es contrario al espíritu del bloque normativo de la liberalización reservar en exclusiva a un tipo de empresas determinadas la prestación de un servicio en concreto? Según lo previsto en el artículo 15.2.b) que se refiere a los requisitos que obliguen a los prestadores de servicios a adoptar una determinada forma jurídica (requisitos por evaluar, es decir, la denominada lista gris)¹⁰⁵³, esta reserva de exclusividad resulta de dudosa validez, y sin embargo, ninguna de las comunidades que la han establecido se ha molestado en justificarla.

Y es que, ¿Por qué justificarlo si así viene establecido en una norma estatal dictada en ejercicio de una competencia exclusiva (apartados 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución)¹⁰⁵⁴? Se trata, en concreto, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁰⁵⁵, en cuyo artículo 151.2 se establece que, “A los efectos de lo previsto en este Libro, el organizador y el detallista deberán tener la consideración de agencia de viajes de acuerdo con la normativa administrativa”. Sin embargo, la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados¹⁰⁵⁶, cuya transposición se realiza en nuestro país a través del Real Decreto que se acaba de mencionar, nada obliga al respecto. De lo que se puede concluir que la reserva de la prestación viajes combinados a las agencias de viaje es obra del legislador estatal. Convertido, además, en legislador exclusivo en esta materia (viajes combinados). ¿Y no choca esto frontalmente, repito, con la Directiva Servicios? De acuerdo con esta idea, el

¹⁰⁵³ Puede verse, a estos efectos, CIDONCHA MARTÍN, A., en “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, VV.AA., *Impacto de la Transposición de la Directiva Servicios en Castilla y León*, Ed. Consejo Económico y Social de Castilla y León, Valladolid, 2010, pág. 262.

¹⁰⁵⁴ Véase la Disposición Final Primera, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, donde se establece expresamente que, “El artículo 24 y el título V del libro primero, los libros segundo, tercero y cuarto, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales se dictan en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1. 6 y 8 de la Constitución española”. Es decir, que los viajes combinados es materia exclusivamente estatal.

¹⁰⁵⁵ En el libro IV de este Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se contiene la legislación española sobre viajes combinados, por la que se lleva a cabo la transposición de la Directiva 90/314/CEE

¹⁰⁵⁶ Esta Directiva se encuentra en proceso de revisión en la Unión Europea, por lo que en breve, aparecerá una nueva norma.

citado precepto del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, podría ser declarado contrario al Derecho comunitario e inaplicable por un juez o tribunal español.

De lo que no cabe duda, en cualquier caso, es de la incoherencia del legislador español. Ahora, al transponer la Directiva Servicios, adopta un enfoque ambicioso, yendo más allá de lo que la propia norma europea exigía. Y en el año 2007, cuando se transpuso (por segunda vez)¹⁰⁵⁷ la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, pretendió ser cauteloso a la hora de liberalizar esta actividad, exigiendo algo que la norma comunitaria obviaba.

Por otro lado, cabe mencionar que todos los ordenamientos turísticos autonómicos han eliminado, como requisito de acceso a la actividad, la necesidad de que estas agencias adoptasen una forma mercantil determinada y realizasen el desembolso de un capital mínimo inicial.

En este sentido, cabe mencionar, como ejemplo, el caso de Canarias, en cuyo artículo 48.1 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo de Canarias, antes de la modificación efectuada por la Ley 14/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley de turismo para su adaptación a la Directiva, se indicaba que “La actividad de intermediación turística sólo podrá realizarse por empresas mercantiles constituidas en forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada”. De la misma manera, el apartado 4 del mismo artículo 48, señalaba que “todas las agencias de viaje deberán cumplir los requisitos sobre capital mínimo”. Ambos requisitos han sido eliminados del

¹⁰⁵⁷ La primera transposición de esta Directiva en nuestro país se lleva a cabo por la Ley 21/1995, de 6 de julio. Posteriormente, dicha norma se deroga y se aprueba, en su lugar, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sobre consumidores y usuarios, que dedica su libro IV a los viajes combinados. La profesora Patricia BENAVIDES VELASCO, “La Directiva de viajes combinados: perspectivas de futuro”, en AGUADO I CUDOLÀ, V., y CASANOVAS I IBÀÑEZ, Ò., (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, cit., pág. 135, critica la inclusión de la normativa sobre viajes combinados en la legislación general sobre consumidores y usuarios

ordenamiento turístico canario, debido a su dudosa validez conforme a lo previsto en el artículo 15.2.b) y c)¹⁰⁵⁸ de la Directiva Servicios.

Respecto a la exigencia de contratar ciertos seguros de responsabilidad civil o depositar determinadas fianzas, solo algunas comunidades autónomas han hecho referencia a ello en sus leyes correspondientes. Así, sin ánimo de exhaustividad, Baleares exige la suscripción de una póliza de seguros¹⁰⁵⁹; País Vasco se refiere a la necesidad de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza o garantía suficiente¹⁰⁶⁰; o Aragón, que, de la misma forma, indica la necesidad de constituir una fianza a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma para responder de sus obligaciones contractuales con los turistas¹⁰⁶¹. Otras, regiones, por el contrario, o bien se remiten a la correspondiente regulación reglamentaria (Castilla y León¹⁰⁶², Navarra¹⁰⁶³ o Andalucía¹⁰⁶⁴); o bien nada indican respecto a ello en sus correspondientes leyes (Castilla-La Mancha¹⁰⁶⁵ o Extremadura¹⁰⁶⁶). En cualquier caso, se debe tener en cuenta que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que contiene, como ya he indicado, el régimen jurídico de los viajes combinados, exige a los organizadores y detallistas de viajes combinados, en su artículo 163, la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza.

¹⁰⁵⁸ Se referían, respectivamente, a los requisitos relativos a adoptar una forma jurídica determinada y desembolsar un capital social mínimo.

¹⁰⁵⁹ Artículo 58.5 de la Ley 8/2012, de 8 de julio.

¹⁰⁶⁰ Artículo 31.1 de la Ley 6/1994, de 16 de marzo.

¹⁰⁶¹ Artículo 48.3 del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.

¹⁰⁶² Artículo 49.2 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre

¹⁰⁶³ Artículo 28.2 de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero.

¹⁰⁶⁴ Artículo 50.2 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre.

¹⁰⁶⁵ Artículo 13 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo,

¹⁰⁶⁶ Artículo 79 de la Ley 2/2011, de 31 de enero.

En definitiva, si por algo se caracteriza la regulación de las agencias de viaje en nuestro país es, como ya he indicado, por su falta de uniformidad. Pero, además, hay que poner de manifiesto que esto no es una cuestión sin importancia. Todo lo contrario. Y es que, el régimen jurídico aplicable puede variar mucho, como ya hemos indicado, de una comunidad autónoma a otra, lo que redunda en una falta de seguridad jurídica importante tanto para los promotores de estas actividades, profesionales o empresarios, como para los propios consumidores y usuarios. Según entiendo, estas razones podrían servir de argumento suficiente para reclamar una intervención del Estado, con todas las cautelas necesarias, en virtud de títulos competenciales adecuados y previstos en la Constitución Española, en concreto, en el artículo 149.1:

1. Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos o en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales;

(...)

6. Legislación mercantil¹⁰⁶⁷.

(...)

8. Legislación civil.

(...)

13. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

¹⁰⁶⁷ A estos efectos, cabe hacer referencia a lo que, según he indicado más arriba, ha dicho la profesora GONZÁLEZ CABRERA, I., “La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viaje”, cit., pág. 4, al respecto.

Y es que, cabe preguntarse, ¿No es más gravosa para un promotor de una actividad turística de intermediación esa inseguridad jurídica producida por la falta de uniformidad en la regulación que, en su caso, tener que solicitar, un título habilitante? En mi opinión, ambos supuestos son igualmente costosos para los empresarios o profesionales de la intermediación turística. Sin embargo, solo a la última se refiere la norma comunitaria, no a la segunda, a la que no se ha puesto remedio.

3.4.2.- Efectos de la incorporación del bloque normativo de la liberalización en el sector turístico de las agencia de viaje.

Como ya he indicado más arriba, todas y cada una de las comunidades autónomas han incorporado la Directiva Servicios en este ámbito concreto, con el resultado general de eliminar la necesidad de solicitar un título-habilitante previo como requisito imprescindible para iniciar la actividad, y sustituirla por los nuevos instrumentos tantas veces referidos, es decir, las comunicaciones previas o las declaraciones responsables.

Cabe advertir ya, desde este momento, que tampoco hay unanimidad en las comunidades autónomas a la hora de elegir una u otra técnica de intervención. La mayoría se inclina, en cualquier caso, por las declaraciones responsables¹⁰⁶⁸, con los efectos que puede tener y que ya han sido analizados más arriba respecto a los alojamientos turísticos.

Pero a lo que aquí ahora interesa, voy a tratar de analizar qué efectos puede tener la eliminación de los sistemas de control previo (título-habilitante), y su sustitución por los nuevos instrumentos de control posterior (declaraciones responsables o comunicaciones previas).

¹⁰⁶⁸ Artículo 78 de la Ley 2/2011, de 31 de enero, sobre desarrollo y modernización del Turismo en Extremadura; Artículo 11.dos de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana.

En este sentido, al igual que ha ocurrido con los establecimientos de alojamiento, dicha sustitución supone que la Administración pública deja de realizar un control preventivo, para llevar a cabo, y no en todos los casos, un control posterior.

Podría parecer que, para este tipo de actividades turísticas, muy dinámicas y que requieren una gran capacidad de adaptación al mercado, estos sistemas de control posterior son especialmente adecuados. En efecto, si dichos instrumentos de intervención administrativa funcionaran adecuadamente, parece que no se podría objetar nada al respecto. Es decir, si, desde el momento en que se presentara la comunicación/declaración la Administración llevara a cabo la comprobación del cumplimiento de los correspondientes requisitos, no existiría ningún problema. Solo operarían en el mercado aquellos profesionales y empresas que satisficieran las condiciones normativas preestablecidas.

El problema, como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, estriba en que los nuevos instrumentos de intervención administrativa no son tan eficaces. Y es que, en la actualidad, no están habilitados los medios adecuados para que desplieguen todos sus efectos, por lo se puede decir que los legisladores autonómicos (y el estatal, dentro de sus propias competencias), se han precipitado a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva Servicios.

Y es que, el sistema anterior, que gravitaba sobre el título-habilitante previo como requisito imprescindible para comenzar a ejercer la actividad, si bien es cierto que implicaba una carga importante para las empresas del sector y aumentaba los costes al inicio de la actividad correspondiente, impedía, casi con total seguridad¹⁰⁶⁹, que accediesen a este mercado aquellas empresas o profesionales que no cumpliesen los requisitos previos.

¹⁰⁶⁹ El sistema, sin ser infalible, podía calificarse de eficaz.

Sin embargo, actualmente, puede darse el caso de profesionales y empresas que, sin cumplir los más mínimos requisitos de solvencia, presenten una declaración/comunicación donde afirmen su cumplimiento, sin que la Administración competente pueda conocer dicha circunstancia hasta que se realice la correspondiente comprobación posterior, si es que se llega a realizar.

Esta situación puede poner en grave riesgo a los consumidores y usuarios que contraten con estas empresas o profesionales, pues en caso de incumplimiento contractual, si no tienen contratados los seguros o constituidas las fianzas obligatorias, nadie responderá frente a aquellos en caso de insolvencia. Por lo que se está poniendo en grave riesgo, según entiendo, los derechos de los turistas

No debemos olvidar que la protección de estos derechos, de los consumidores y usuarios, es considerada por el bloque normativo de la liberalización como una razón imperiosa de interés general¹⁰⁷⁰ que podría justificar el mantenimiento de los sistemas de control previo. Por lo que, en mi opinión, hasta que no se demostrase el uso eficaz de los nuevos sistemas de control posterior, podría mantenerse la necesidad de exigir un título habilitante previo para acceder a la prestación de estos servicios sin que ello supusiera una vulneración del espíritu de la Directiva Servicios.

Pero, no es solo la protección de los consumidores y usuarios lo que está en riesgo. Asimismo, hay que tener en cuenta la imagen del destino turístico y la calidad de los servicios que se prestan¹⁰⁷¹ y, en definitiva, el propio futuro del sector. No es

¹⁰⁷⁰ Artículo 4.8 de la Directiva Servicios y Artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre

¹⁰⁷¹ El profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, cit., pág. 377, ha puesto de manifiesto, de manera muy certera, el intenso vínculo que une los derechos de los turistas y la calidad de los servicios turísticos al manifestar que: “La atribución de nuevos derechos al turista debe tener como común denominador la aspiración “a que el turismo sea de calidad”. No debe identificarse calidad con la comodidad, o el confort o incluso el lujo en la prestación de servicios turísticos, esta es un concepto distinto. Así, el turismo en albergues juveniles o el de montaña en su más sura vertiente, no debe estar reñida con la presencia del elemento de calidad en la prestación de dichos servicios. Es la calidad turística en las distintas acepciones que la legislación turística ha hecho sobre la misma, la que debe servir de fundamento al otorgamiento de los nuevos derechos del turista, diferentes a los que ya ostenta en su faceta de consumidor”.

exagerado pensar que permitir el acceso al mercado de intermediación turística a empresas o profesionales sin la debida solvencia y profesionalidad, puede ocasionar daños irreparables al sector si no se toman las debidas medidas de control posterior, algo que, a día de hoy, no se puede garantizar que se esté haciendo.

Este ha sido el argumento utilizado por las propias empresas que ya operan en el mercado para criticar las reformas realizadas por el bloque normativo de la liberalización. Así, las asociaciones españolas de agencias de viajes, AMAVE, UCAVE, AGAVI, AVIBE, AEVAV, AEDAV y ACAV, en un documento que presentaron a la ante la Subdirección General de Comercio Interior del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, alegaron que la incorporación de la Directiva Servicios a nuestro país “no va a suponer como se pretende una oportunidad para mejorar el nivel de calidad de los servicios, por lo menos en lo que hace referencia a los servicios turísticos, debido a la ausencia de mecanismos de control efectivos poco definidos en el redactado del anteproyecto [...] Asimismo la liberalización que se pretende con esta normativa pone, a juicio de los firmantes, en "grave riesgo" la protección de los derechos de los consumidores, por el cual se considera imprescindible se preserve un régimen de autorización en lo que respecta al sector de las agencias de viajes que otorgue a los consumidores "seguridad" en relación a los prestadores de servicios turísticos con los que contraten.”¹⁰⁷². Es decir, las propias empresas que actúan en el sector advierten de los riesgos de los nuevos sistemas de control.

No obstante, es lícito pensar que dichas asociaciones de empresas que ya están en el mercado, intentan defenderse de una liberalización que, en principio, va a suponer un aumento de la competitividad y, por ende, una bajada de los precios, lo que puede poner en riesgo su propia supervivencia en un mercado tan dinámico y abierto.

¹⁰⁷² www.europapress.es, noticia de 02/02/2009.

En cualquier caso, lo que sí parece fuera de toda duda es que los nuevos sistemas de intervención administrativa facilitan el acceso a la prestación de servicios de intermediación turística a empresas y profesionales que pueden no cumplir los requisitos mínimos establecidos en las correspondientes normas. Algo que puede repercutir negativamente, como ya he explicado, tanto en los derechos de los usuarios de esos servicios como en su calidad, afectando igualmente a la imagen del destino y al producto turístico.

3.5.- Restauración

3.5.1.- La restauración como actividad turística

Voy a utilizar en este epígrafe un concepto concreto de actividad de restauración incluyendo solo a los bares, restaurantes y cafeterías, es decir, establecimientos que tradicionalmente han servido comidas y bebidas (incluidas las empresas de catering y los salones de banquete). Dejo fuera, por tanto, otras actividades íntimamente relacionadas pero que están más vinculadas con el ocio o el recreo que con el turismo, como discotecas, salas de fiesta o “tablaos flamencos”. Esta distinción obedece a la necesidad de delimitación de las meras actividades de ocio con respecto de las turísticas¹⁰⁷³, aunque, lógicamente, existen elementos comunes.

La consideración de la restauración como una actividad turística ofrece ciertas dudas. Desde luego, está relacionada con el turismo, aunque sea simplemente por el hecho de que los turistas, durante su estancia en los lugares de vacaciones, deben cumplir también estos requerimientos nutricionales naturales, es decir, comer y beber.

¹⁰⁷³ BOUAZZA ARIÑO, O., “El sistema andaluz de ordenación territorial del turismo a la luz del Plan General de Turismo Sostenible”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 1, 2009, pág. 20.

Sin embargo, en mi opinión, la restauración, a día de hoy, se ha convertido, sobre todo en algunos territorios, en un auténtico recurso turístico¹⁰⁷⁴, es decir, en un elemento capaz de generar por sí solo corrientes turísticas (piénsese en País Vasco, Asturias o Galicia, por poner solo algún ejemplo). Así, se pueden entender ciertas campañas de promoción turística donde se utilizan determinados alimentos como medios esenciales para atraer a los consumidores¹⁰⁷⁵. Y es que, en opinión del profesor RAZQUIN LIZARRAGA, que comparto plenamente, “Ninguna duda cabe que, como hecho social se entiende que la restauración forma parte del turismo”¹⁰⁷⁶.

Y es que, la integración de la restauración como un elemento de la oferta turística es plenamente coherente con una visión global del destino o producto turístico¹⁰⁷⁷. Ya he hecho referencia a esta circunstancia más arriba. La experiencia del turista ha de ser satisfactoria en todos los sentidos. Todos y cada uno de los servicios turísticos ofrecidos al consumidor deben cumplir los criterios de calidad preestablecidos. Debe haber, por tanto, una alineación cualitativa de toda la oferta turística.

¹⁰⁷⁴ Entendemos por recurso turístico la definición doctrina ofrecida por CALLIZO SONEIRO, J., y LACOSTA ARAGÜES, A.J., “Un estudio tipológico de los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 69, “La noción de recurso turístico es extensible a todo bien o servicio que albergue la capacidad de incitar el viaje turístico, independientemente de la intensidad del flujo generado. Se trata de un concepto subjetivo, relativo y dinámico en el tiempo”.

¹⁰⁷⁵ Piénsese, por ejemplo, en restaurantes como *Arzak* en San Sebastián o *EL Bulli* en Figueras, considerados, por los aficionados a la gastronomía como auténticos templos de la Restauración. En el mismo sentido, la utilización turística que realizan los municipios integrados en la denominación de origen *Ribera del Duero*, *Rioja*, *Albariño*, *Txacoli*, *Penedés*, *Jerez*, etcétera. Igualmente, el *Valle del Tiétar* o *el del Jerte* con sus fantásticas cosechas de cerezas utilizadas como reclamo para los turistas.

¹⁰⁷⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., “El marco jurídico de la restauración”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 419.

¹⁰⁷⁷ Sobre la relación de la imagen turística, productor turístico y percepción global del destino, véase GONZÁLEZ MORANTE, A., SÁNCHEZ GARCÍA, I. y SANZ BLAS, S., “La imagen como factor clave del comportamiento del turista”, cit., pág. 57, “La imagen del destino consiste, por tanto, en la interpretación subjetiva de la realidad realizada por el turista [...] Dado que dicha imagen es definida por muchos autores como la percepción global o el conjunto total de impresiones sobre un lugar o como el retrato mental de un destino, es lógico pensar que la misma ejerce alguna influencia sobre el comportamiento de los turistas”

De ahí que, tanto el legislador como la Administración, deban tener en consideración esta circunstancia a la hora de ordenar esta actividad. Y se deba dotar de instrumentos adecuados a las Administraciones competentes para controlar la calidad de los servicios de restauración. Debo recalcar que me refiero a garantizar la calidad de un servicio turístico, y no simplemente a asegurar la calidad de los alimentos desde un punto de vista de salud pública, algo que corresponde tradicionalmente a los Ayuntamientos. Lo que defiende en este trabajo, por consiguiente, es una visión amplia de la restauración, como elemento turístico en sí mismo, y no un punto de vista reduccionista, solo como la oferta de alimentos y bebidas en buen estado (que también). De ahí que tenga pleno sentido y esté justificado, en mi opinión, un control turístico específicosobre estas actividades.

Cuestión diferente, por otro lado, es la existencia de determinados establecimientos de restauración que, por su situación dentro de determinados barrios o ciudades, no estén preferentemente destinados a turistas sino, fundamentalmente, a residentes. En estos casos es posible, si se considera una traba administrativa demasiado gravosa, eliminar el control turístico, pero manteniendo, por supuesto, otros controles necesarios más relacionados con la seguridad y la salud de las personas¹⁰⁷⁸. No obstante, no se puede obviar la dificultad de llevar a cabo dicha diferenciación y la necesidad de contar con unos adecuados instrumentos de planificación que delimitaran adecuadamente las zonas donde se considera necesario un control turístico de aquellas otras en las que podía ser prescindible¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ En este sentido se pronuncia RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., “El marco jurídico de la restauración”, cit., pág. 435, “En algunas comunidades autónomas, donde el turismo no es una actividad principal, o no es tampoco una actividad económicamente sustancial, existen establecimientos de restauración que no tienen una vinculación turística y no constituyen, por tanto, actividad turística en el sentido de prestar servicios a turistas. A este tipo de establecimientos se les somete, no obstante, al régimen general de la actividad turística, exigiéndose la obtención de la autorización administrativa turística y además el registro de establecimiento y de la empresa turística. En estos casos, sería conveniente que la legislación autonómica contemplara una exención del sometimiento al control administrativo turístico para este tipo de establecimientos y se coordinara con la actuación de otros órganos autonómicos y con la Administración municipal para la consecución de posibles objetivos turísticos de tipo estadístico”.

¹⁰⁷⁹ En este sentido, podrían utilizarse instrumentos como la declaración de zonas específicas turísticas, o similares, como existen en algunas comunidades autónomas.

En los últimos tiempos, y desde la implantación del bloque normativo de la liberalización, se asiste a una relativización turística de la restauración. El caso paradigmático lo encontramos en Cataluña donde sólo se consideran empresas turísticas, propiamente dichas, las de alojamiento y mediación (artículo 34 de la Ley 13/2002, de 21 de junio), siendo las restantes, incluidas las de restauración, simples establecimientos y actividades de “interés turístico”, es decir, “que contribuyen a dinamizar el turismo y favorecen las estancias en el territorio”¹⁰⁸⁰ (artículo 60). Sin embargo, bien sea por mala técnica legislativa al no haber adaptado todos los preceptos normativos, o bien porque el legislador (¿inconscientemente?) se resiste a negar el carácter plenamente turístico de la actividad de restauración, lo cierto es que el artículo 51 sigue considerando a las empresas de restauración como empresas turísticas¹⁰⁸¹.

3.5.2.- Impacto de la Directiva Servicios sobre la intervención administrativa en la actividad turística de restauración.

En primer lugar, hemos de manifestar que la intervención administrativa en este subsector turístico está plenamente justificada. La necesidad de llevar a cabo un control turístico de esta actividad pasa, fundamentalmente, por garantizar los derechos de los consumidores y usuarios y, por consiguiente, un servicio de calidad¹⁰⁸² en un “sector esencial”¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ Junto con las empresas de restauración, se consideran de interés turístico las de servicios y actividades deportivas en la naturaleza y culturales, las empresas de servicios relacionados con congresos, convenciones e incentivos, los equipamientos e instalaciones de alojamiento juveniles y los parques acuáticos o temáticos.

¹⁰⁸¹ Resulta sorprendente que la comunidad autónoma donde hasta hace poco tiempo se establecía el que ha sido considerado el mejor restaurante del mundo durante varios años (*El Bulli*, en el municipio de Rosas, Gerona), no considere la restauración como actividad turística.

¹⁰⁸² Derechos de los consumidores y usuarios y calidad de los servicios turísticos son conceptos, más que íntimamente relacionados, indisolubles. Así lo manifiesta, tal y como hemos tenido ocasión de señalar más arriba, GUILLÉN CARAMÉS “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, cit., pág. 377, “La atribución de nuevos derechos al turista debe tener como común denominador la aspiración “a que el turismo sea de calidad”. No debe identificarse calidad con la comodidad, o el confort o incluso el lujo en la prestación de servicios turísticos, esta es un concepto distinto. Así, el turismo en albergues juveniles o el de montaña en su más sura vertiente, no debe estar reñida con la presencia del elemento de calidad en la prestación de dichos servicios. Es la calidad turística en las distintas acepciones que la legislación turística ha hecho sobre la misma, la que debe servir de fundamento al otorgamiento de los nuevos derechos del turista, diferentes a los que ya ostenta en su faceta de consumidor”

El efecto del bloque normativo de la liberalización sobre este concreto sector ha sido doble.

Por un lado, se trata de un subsector que no ha sido regulado por todas las comunidades autónomas. Lo que implicaba, en aquellas regiones sin normativa específica, la aplicación subsidiaria de la legislación estatal sobre la materia, compuesta, en este caso, por dos órdenes del año 1965¹⁰⁸⁴. Bien es cierto que las citadas normas habían quedado sobradamente desfasadas ante el nuevo modelo turístico que propugnaban todas las comunidades autónomas, sobre todo teniendo en cuenta que habían sido aprobadas en pleno periodo desarrollista. Pero no es menos cierto que, en aquellas regiones en las que no se habían aprobado aún sus respectivas normas reglamentarias, los citados reglamentos estatales aportaban cierta seguridad jurídica en el sector concreto.

Por otro lado, y al igual que ha ocurrido en la inmensa mayoría de los diferentes sectores turísticos, se ha procedido a relajar los sistemas de control administrativo de acceso a estas actividades mediante la sustitución de los controles previos por sistemas de control posterior, mucho más flexibles y permisivos.

Procedo a continuación a analizar, de manera más detallada, cada uno de los referidos efectos.

¹⁰⁸³ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., “El marco jurídico de la restauración”, cit., pág. 431, “Ya la justificación (se refiere a la intervención administrativa) no está en la simple intervención gubernativa ya olvidada, sino en razones económicas de intervención en un sector esencial que es preciso reglamentar”.

¹⁰⁸⁴ Orden del Ministerio de Información y Turismo de 17 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de restaurantes; y la Orden del Ministerio de Información y Turismo de 18 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de cafeterías.

3.5.3.- Desregulación del sector de la restauración.

Partimos de la base de que, en algunas comunidades autónomas no existía, antes de la aprobación del bloque normativo de la liberalización, desarrollo reglamentario sobre esta concreta actividad¹⁰⁸⁵. Lo que suponía, según lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución, la aplicación subsidiaria de las normas estatales, que eran, en este caso concreto, la Orden del Ministerio de Información y Turismo de 17 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de restaurantes, y la Orden del Ministerio de Información y Turismo de 18 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de cafeterías.

Pero con la aprobación del bloque normativo de la liberalización, y en concreto el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, las Órdenes estatales antes referidas han sido derogadas, con lo que, las comunidades autónomas que no dispongan de reglamentación específica sobre este sector de actividad, se habrán quedado sin el correspondiente sustento normativo, con el riesgo que ello supone si tenemos en cuenta que, además, se han sustituido los controles previos por instrumentos de control posterior. A ello ya me he referido más arriba, pero estimo necesario volver a repetir algo que me parece de suma importancia, por lo que transcribo, de nuevo, las palabras del profesor Enrique LINDE PANIAGUA “Para que pueda prescindirse de un sistema de controles administrativos previos es preciso que el legislador, en los distintos niveles (legales y reglamentarios), regule con carácter exhaustivo los requisitos exigidos para el acceso a la actividad para el ejercicio de la misma. En efecto, para que cada operador jurídico pueda comprobar por sí mismo si reúne o no los requisitos exigidos para el acceso y ejercicio de una determinada actividad, dichos requisitos deben estar regulados con claridad y exhaustividad”¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁵ Actualmente, Cantabria, País Vasco y Castilla-La Mancha, no tienen regulado reglamentariamente el sector de la restauración.

¹⁰⁸⁶ LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, cit. pág. 89. En el mismo sentido se ha pronunciado NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y

3.5.4.- Relajación de los sistemas de control de acceso a las actividades de restauración.

Otro de los efectos importantes que sobre la restauración ha tenido la Directiva Servicios y sus normas de transposición en nuestro país, ha sido, al igual que en el resto de subsectores turísticos, la sustitución de las clásicas autorizaciones previas de acceso por los nuevos instrumentos de control posterior. En definitiva, la relajación de los controles de acceso a esta concreta actividad.

Podría pensarse, en efecto, que la configuración tradicional de los controles turísticos (a través de autorizaciones previas) es excesiva para una actividad que, en definitiva, parece que no tiene demasiada relevancia turística. Pero este argumento sería poco coherente con lo que vengo manifestando desde más arriba sobre la calidad global del turismo, que implica, como ya he tenido ocasión de manifestar, una satisfacción total de los consumidores, el cumplimiento de todas sus expectativas. En este sentido, por consiguiente, la Administración turística debe garantizar un servicio de calidad en todos y cada uno de los subsectores turísticos, sin excepción, incluido el de la restauración. Por tanto, habrá que dotar a la Administración de los instrumentos adecuados y eficaces para el cumplimiento esta misión.

Y esto es, precisamente, lo que es este trabajo se está poniendo en duda. Es decir, intento poner de manifiesto que los nuevos instrumentos de intervención administrativa no son los más idóneos para garantizar un servicio turístico de calidad.

Tampoco en el subsector de la restauración. Y es que, la sustitución de controles previos por estos nuevos sistemas de control posterior (comunicaciones previas o

comunicaciones,” cit., pág. 117, cuando indica que “Ha de notarse que la exigencia de una comunicación o declaración implica someter a control administrativo una determinada actividad o ejercicio de un derecho, lo que a su vez entraña una regulación previa de los mismos que establezca los parámetros de su lícito ejercicio”.

declaraciones responsables según los casos) implica una relajación de la intervención administrativa en esta actividad, lo que puede dar lugar a diferentes situaciones hipotéticas:

Primero, que estemos en una comunidad autónoma que, después de la derogación de las normas estatales en la materia que servían de Derecho supletorio¹⁰⁸⁷, no ha aprobado una regulación específica del sector de la restauración. En estos casos, se exige al promotor de la actividad que presente declaración/comunicación donde manifieste que cumple unos requisitos que no están regulados, dando lugar a una situación verdaderamente paradójica¹⁰⁸⁸.

Por otro lado, la que debería ser la situación habitual y el uso normal de los nuevos instrumentos de intervención. Es decir, los requisitos que han de cumplir las empresas y profesionales de restauración están regulados en una norma reglamentaria. Los promotores de estas actividades presentan la correspondiente comunicación/declaración donde manifiestan el cumplimiento de dichos requisitos y, posteriormente, y dentro de un plazo mínimo razonable, la Administración competente lleva a cabo los controles o comprobaciones correspondientes.

En tercer lugar, una situación que puede llegar a darse y que va a ser, en mi opinión, muy difícil controlar. El promotor de esta actividad manifiesta que cumple los requisitos que están regulados en la norma reglamentaria de que se trate y, sin ser realmente así, presenta la declaración comunicación correspondiente. En este caso concreto, si no se ha configurado un sistema de control posterior adecuado y eficaz, la Administración pública no podrá conocer esta situación y estará permitiendo la prestación del servicio de restauración por empresas y profesionales que no cumplen los más mínimos requisitos de calidad y por consiguiente, se estará poniendo en riesgo la

¹⁰⁸⁷ Mediante el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, al que ya me he referido más arriba.

¹⁰⁸⁸ No se debe olvidar que existen muchas comunidades autónomas que, aún, no han aprobado las correspondientes normas reglamentarias que regulan el sector de la restauración. En concreto Cantabria, País Vasco y Castilla-La Mancha

imagen del destino turístico de que se trate, con los efectos negativos que ello conlleva de insatisfacción del turista y, por ende, percepción negativa de todo el destino globalmente considerado.

Por ello, opino que deberían mantenerse los controles previos también en este tipo de servicios turísticos, los de restauración. Al menos, hasta que se configurasen adecuadamente los sistemas de control posterior o se instalasen los sistemas electrónicos adecuados que permitiesen llevar a cabo a las Administraciones competentes una comprobación simultánea de la veracidad de lo manifestado en las declaraciones/comunicaciones por los promotores.

Pero repito, esto no significa que deban mantenerse los controles previos tal y como hasta ahora los conocemos. Soy consciente de que esa regulación genera en muchas ocasiones situaciones insostenibles para las empresas y profesionales, que ven aumentar los costes al inicio de la actividad cuando tienen que solicitar distintas autorizaciones a diferentes Administraciones públicas y esperar la tramitación de un procedimiento que, en muchas ocasiones, no termina, resolviéndose por silencio administrativo desestimatorio.

Sin embargo, humildemente pienso que la solución a esta situación no puede pasar por la disminución de la intervención administrativa, llegando a desaparecer en muchos casos. Sino por hacerla eficaz (que es, además, lo que exige el artículo 103.1 de la Constitución), a través de sistemas que funcionen adecuadamente, unificando procedimientos administrativos y utilizando medios electrónicos de los que ya se dispone. Pero a ello dedicaré un epígrafe específico más abajo.

3.6.- Turismo activo

3.6.1.- Concepto

Pese a la importancia que este subsector turístico ha ido adquiriendo en los últimos años, la mayoría de comunidades autónomas no se refieren a él de manera expresa y específica en las correspondientes leyes generales sobre turismo, sino que lo engloban dentro del concepto más amplio de actividades turísticas complementarias¹⁰⁸⁹.

No obstante, algunas comunidades autónomas sí hacen referencia concreta al sector. Así, Castilla y León se refiere al turismo activo en los artículos 45 a 47 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre; Aragón, en sus artículos 57 y 58 del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.; y Asturias, en el artículo 53 de la Ley 7/2001, de 22 de junio.

Pero, ¿Qué cabe entender por turismo activo? Bien, pues de una primera lectura de las leyes a las que nos acabamos de referir más arriba, parece deducirse que son dos los elementos esenciales de esta actividad turística:

- Que se desarrollan en plena naturaleza. Lo que implica, en principio, que se han de adoptar determinadas medidas para que no se vea afectado negativamente el entorno natural¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ Así, por ejemplo, Galicia en el artículo 88 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre; Artículo 13 de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de Valencia; Artículo 28 de la Ley Foral 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo de Navarra; Artículo 82 de la Ley 2/2011, de 31 de enero de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura, que se refiere a actividades turísticas alternativas; Artículo 35 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo de turismo de la Comunidad de Madrid; Artículo 37 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre de Turismo de Murcia; Artículo 22 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja; Artículo 37 de la Ley 6/1994, de 16 de marzo de Turismo del País Vasco; Artículos 19 a 22 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Turismo de Castilla-La Mancha;

¹⁰⁹⁰ GARCÍA SAURA, P.J., *Desarrollo sostenible y Turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 154, “El sector del turismo activo, cuyas actividades se realizan en la naturaleza, posee una gran responsabilidad en cuanto su relación con el medio ambiente. A veces, estas actividades pueden ser agresivas con los recursos naturales si no se realizan en los lugares adecuados y con las medidas necesarias para que no produzcan impacto en el medio natural. Por esta razón resulta fundamental no solo concienciar al empresario sobre los principios de sostenibilidad ambiental sino también, instar a la Administración a que actúe, regulando sobre estas actividades con el fin que sean cada vez menos lesivas para el medio natural en el que se llevan a cabo.

- Que se requiere cierto grado de destreza por parte de aquellas personas que lo realizan. En otras palabras, que la realización de estas actividades puede suponer cierto grado de peligro para los usuarios.

Por otro lado, cabe indicar que el turismo activo, en su dimensión de actividad física, está íntimamente relacionado con el ejercicio de actividades deportivas, lo que, en muchas ocasiones, pueda facilitar la confusión con actividades de este tipo. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Cataluña, donde el turismo activo es considerado como actividad deportiva y se les aplica, de acuerdo con lo anterior, el régimen jurídico del deporte¹⁰⁹¹. Algo con lo que no estoy plenamente de acuerdo, aun reconociendo la dificultad de delimitar ambos supuestos, pues, aunque no cabe duda de que se trata de la realización de actividades físicas, presenta elementos diferenciadores muy claros respecto del deporte. En cualquier caso, al menos es una regulación que tiene en cuenta las especiales características del turismo activo a las que me acabo de referir más arriba.

Se puede deducir, por consiguiente, que estas formas de turismo activo, que se presentan como alternativas al tradicional turismo de “sol y playa”, presentan varios problemas que no se pueden soslayar: tienen una vocación minoritaria, lo que implica que cualquier intento de masificación redundará de forma muy negativa en la demanda, lo que supone, a su vez, un necesario control del acceso a la prestación del servicio para garantizar la calidad, algo que, aunque parece ir en contra del espíritu de la Directiva Servicios, en realidad no es así, pues esta permite (y quiere), tal y como ya he tenido ocasión de manifestar, que la protección del medio ambiente, como razón imperiosa de interés general, justifique el mantenimiento de controles previos.

3.6.2.- Justificación de la intervención administrativa.

¹⁰⁹¹ Esta actividad está regulada en el Decreto 56/2003, de 20 de febrero, que reglamenta, en mi opinión, de forma muy adecuada el sector, estableciendo un censo de organizadores de actividades físico deportivas en el medio natural, las condiciones de las personas que lo practiquen, necesario respeto al medio natural, las obligaciones de los organizadores y del personal técnico, los requisitos de los equipos y materiales así como la información a los usuarios, etcétera.

Son, precisamente, las características esenciales de esta actividad las que justifican la intervención administrativa¹⁰⁹². Las Administraciones públicas deben actuar de manera adecuada y suficiente para garantizar la protección del medio ambiente, por un lado, y salvaguardar la seguridad y salud de los usuarios de estos servicios, por el otro¹⁰⁹³. Así viene recogido en la propia Constitución en sus artículos 45 y 51 respectivamente.

Pero es que, además, no se trata de unos intereses públicos que justifican cualquier tipo de intervención administrativa, sino que están especialmente cualificados pues tiene la suficiente entidad, como ya hemos indicado, para sustentar controles administrativos previos o preventivos¹⁰⁹⁴. Es decir, son razones imperiosas de interés general, según lo establecido en el artículo 4.8 de la Directiva y 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

De lo que se puede concluir que, pese a la aprobación del bloque normativo de la liberalización, las comunidades autónomas podrían, o más bien, deberían¹⁰⁹⁵, haber

¹⁰⁹²GARCÍA SAURA, P. J., *Desarrollo sostenible y Turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 155, “La Administración debe adoptar una actitud activa estableciendo unos objetivos y dotando de las herramientas organizacionales y sobre todo, normativas necesarias para la consecución de aquellos”

¹⁰⁹³ En este sentido, ASPAS ASPAS, J.M., “Régimen Jurídico de los deportes de aventura. Consideraciones sobre el turismo activo”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 565, “La finalidad conservacionista del medio natural exige la intervención de los poderes públicos. Esta intervención viene determinada por la necesidad de preservar la seguridad, la vida y la integridad física de las personas participantes en las actividades”

¹⁰⁹⁴ No se debe olvidar que uno de los principios fundamentales del Derecho de la protección del medio ambiente es el de prevención, es decir, que se actúe con la suficiente antelación para que no se produzca el daño en el medio ambiente, pues, de otra forma, será mucho más costosa su reparación, si es que es posible, que el coste de evitarlo. En este sentido destaca lo manifestado por FERREIRA FERNANDEZ, A.X., y NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Aspectos jurídicos de un desarrollo turísticos sostenible*, Documentación Administrativa, nº. 259-260, pág. 268, “para garantizar un turismo sostenible será preciso reforzar los mecanismos de control ambiental y prever los riesgos ambientales”.

¹⁰⁹⁵ En este sentido, resulta muy esclarecedora la opinión del profesor Enrique RIVERO YSERN, en “La actividad de intervención en la Directiva de Servicios; autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 158, “en mi opinión, el artículo 9.1.a) y b) de la Directiva, no solo establecen las condiciones que deben cumplirse

mantenido el régimen de autorización previa para las actividades de turismo activo, pues existían razones imperiosas de interés general que así lo justificaban. No obstante este argumento de peso, sólo una de las diecisiete regiones¹⁰⁹⁶ ha decidido mantener el control previo para el acceso a estas actividades, con las consecuencias que ello puede tener y a los que a continuación me refiero.

3.6.3.- Efectos de la aprobación del bloque normativo de la liberalización sobre el sector del turismo activo

Se debe comenzar indicando que, según estimo, resulta esencial en este sector la regulación previa de los requisitos que deben cumplir las empresas y profesionales que se dediquen al turismo activo, pues se trata de una actividad que puede implicar un riesgo importante, tanto para el medio ambiente, como para los consumidores y usuarios¹⁰⁹⁷. Algo que, como es lógico, redundaría en un perjuicio de la calidad global del turismo y, por tanto, el peligro de la propia subsistencia del sector.

para supeditar a una autorización el acceso a una actividad, sino que, y esto me parece fundamental para el adecuado entendimiento del artículo 9.1.c), es obligatoria la autorización para caso de que concurra algunas de las circunstancias del artículo 9.1.b), y basta con que concurra alguna [...] En consecuencia, el apartado c), principio de menor restricción o proporcionalidad y la medida que se adopte, (declaración responsable, comunicación previa, o cualquier otra) solo cabe si no concurre alguna de las circunstancias del artículo 9.1.b). La declaración responsable o comunicación previa, al tratarse de controles posteriores de la actividad, han de ser eficaces para conseguir los fines perseguidos por la Directiva, siendo esta ya materia de análisis en las diferentes normas sectoriales”

¹⁰⁹⁶ Me refiero, concretamente, a la Aragón que mantiene la necesidad de solicitar una autorización turística previa como requisito imprescindible para comenzar a prestar servicios de turismo activo, tal y como viene recogido en el artículo 26.1.b) de la Ley 6/2003, de 27 de enero.

¹⁰⁹⁷ GARCÍA SAURA, P. J., *Desarrollo sostenible y Turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, cit., pág. 157, “Aunque las nuevas modalidades de turismo en el entorno natural pueden ser consideradas como potenciadoras del desarrollo sostenible de dichas poblaciones, la ausencia casi total de normativa que garantice la conservación del entorno y proteja a los usuarios de los riesgos que conllevan estas prácticas deportivas, así como la conveniencia de asegurar una estructura empresarial necesaria, se constata como principal problema del futuro en esta modalidad de turismo. El Derecho puede desempeñar un importante papel en la regulación del aprovechamiento de recursos, la protección del medio ambiente y del usuario en este tipo de actividades para un turismo sostenible. A pesar del crecimiento del turismo de naturaleza o activo en nuestro país, hemos de reconocer que su atención y regulación es aún escasa.

Pese a lo anterior, cabe indicar que existen determinadas comunidades autónomas que no han reglamentado el sector¹⁰⁹⁸, lo que implica que, en estas regiones, esta actividad turística está en una situación de anomia que puede implicar un riesgo importante para los intereses públicos en juego. Pero esta situación de desregulación no se ha producido, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros subsectores turísticos a los que ya me he referido, por la derogación de la normativa estatal subsidiaria¹⁰⁹⁹ pues, debido a su escasa antigüedad, no había sido regulado por el Estado.

Por consiguiente, si bien es cierto que esta ausencia de regulación no es fruto directo de la Directiva Servicios y sus normas de transposición, no se puede negar que la aprobación de la misma y del resto del bloque normativo liberalizador, con todas sus consecuencias ya mencionadas, ha empeorado la situación, pues impide que la Administración pública competente efectúe un control preventivo adecuado

Y es que, si antes existía un régimen general de autorización previa, incluso para aquellas actividades que no estaban específicamente reguladas, como es el caso del turismo activo en algunas regiones, dicho control previo ha sido sustituido por los nuevos sistemas de control posterior. En estas comunidades autónomas, pese no estar preestablecidos los requisitos mínimos que los promotores de estas actividades debían cumplir, la Administración competente podía suplir dicha carencia mediante un control preventivo, analizando las características de las empresas y profesionales, estudiando el proyecto de actividad o, incluso, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos mediante aplicación analógica de otra normativa similar¹¹⁰⁰.

Pero ahora, después de la aprobación de la Directiva, con la instauración de los nuevos sistemas de comunicación previa y declaración responsable, este control administrativo preventivo no va a ser posible. Se permitirá, por tanto, a las empresas y

¹⁰⁹⁸ En concreto, Madrid, Baleares, País Vasco, Extremadura y Cantabria.

¹⁰⁹⁹ Me refiero a la derogación de las normas turísticas estatales efectuada por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero

¹¹⁰⁰ Así lo permite el artículo 4 del Código Civil.

profesionales promotores el comienzo de este tipo de actividad mediante la presentación de una comunicación/declaración en la que se manifieste el cumplimiento de unos requisitos que no están regulados en ninguna norma jurídica. Una situación carente de todo sentido común y que puede poner en grave peligro, como ya se ha manifestado, tanto el entorno natural donde se desarrolla, como la seguridad y salud de los usuarios.

Esto último, en relación a las comunidades autónomas que no tiene regulada, de manera específica, el turismo activo. Pero la situación de aquellas regiones en las que sí está reglamentado, no es mucho mejor. Y es que, la sustitución generalizada de los controles previos por controles posteriores (si es que llegan a realizarse estos últimos), puede acarrear importantes consecuencias negativas, como ya hemos tenido ocasión de ver en otros sectores concretos. Por apoyar este argumento con un ejemplo concreto, pensemos en aquellos promotores de actividades que, sin cumplir los requisitos establecidos normativamente, presentan, sin embargo, comunicación/declaración manifestando que si los cumplen. A día de hoy, en aquellas comunidades autónomas que han eliminado el control previo de este tipo de servicios turísticos, no existe ningún filtro administrativo previo que impida a esos promotores iniciar la actividad. Y no solo está en peligro ahora la calidad del servicio o la imagen turística del destino concreto, sumamente importante como ya he señalado, sino la seguridad y salud de los consumidores y usuarios y el entorno natural donde estas actividades se desarrollan.

Se puede argumentar, en contra de esta tesis, que sostiene, quizás, una visión excesivamente pesimista y negativa de los promotores de estas actividades, que intentarán, lógicamente, garantizar el futuro de su negocio impidiendo a toda costa los accidentes o dañar el medio que sustenta su actividad. Pero la realidad, a veces, es demasiado tozuda y la misión del Derecho, en mi opinión, evitar que se produzcan daños en el medio ambiente o las personas

3.6.4.- Existencia de razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de controles previos. La interpretación efectuada por Aragón.

Ya se ha apuntado más arriba, pero considero oportuno dedicar un epígrafe especial. Y es que, está meridianamente claro, en mi opinión, la existencia de razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de controles previos para el acceso a las actividades de turismo activo. Y no solo que justifican el mantenimiento de estos regímenes de autorización previa, sino que, incluso, obligan a ello. Así opina el profesor de la Universidad de Salamanca, Enrique RIVERO YSERN al manifestar que “en mi opinión, el artículo 9.1.a) y b) de la Directiva, no solo establecen las condiciones que deben cumplirse para supeditar a una autorización el acceso a una actividad, sino que, y esto me parece fundamental para el adecuado entendimiento del artículo 9.1.c), es obligatoria la autorización para caso de que concurra algunas de las circunstancias del artículo 9.1.b), y basta con que concurra alguna [...] En consecuencia, el apartado c, principio de menor restricción o proporcionalidad y la medida que se adopte, (declaración responsable, comunicación previa, o cualquier otra) solo cabe si no concurre alguna de las circunstancias del artículo 9.1.b). La declaración responsable o comunicación previa, al tratarse de controles posteriores de la actividad, han de ser eficaces para conseguir los fines perseguidos por la Directiva, siendo esta ya materia de análisis en las diferentes normas sectoriales”¹¹⁰¹

Sin embargo, solo Aragón ha mantenido la autorización turística como requisito necesario para la prestación de este tipo de servicios turísticos. Es decir, esta comunidad autónoma ha sido la única que ha interpretado la Directiva Servicios adecuadamente, ponderando los diferentes intereses públicos en juego e inclinando la balanza del lado de las razones imperiosas de interés general.

¹¹⁰¹RIVERO YSERN, E., en “La actividad de intervención en la Directiva de Servicios; autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 158.

Merece la pena, por su interés, transcribir el artículo completo del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.¹¹⁰².

“Artículo 26. Autorización turística.

1.- Los empresarios turísticos, en los términos reglamentariamente establecidos, deberán contar con la autorización del órgano competente, con carácter previo al inicio de la actividad, en los siguientes casos:

(...)

b) Prestación de servicios de turismo activo, con el fin de garantizar la seguridad pública, la protección civil y la conservación del medio ambiente.”

Está claro. Aragón interpreta el bloque normativo de la liberalización estimando que existen razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de controles previos para el acceso a la prestación de servicios de turismo activo. Y, según parece, no se trata de una interpretación errónea pues, hasta la fecha, no se ha iniciado procedimiento alguno para exigir la responsabilidad al Estado español por una inadecuada transposición de la Directiva Servicios en esta comunidad autónoma y en esta materia concreta. Lo que nos indica que, en este caso, Aragón ha realizado una interpretación acorde con el espíritu de la Directiva.

Es más, según la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 24 de marzo de 2011 dictada en el asunto C-400/208, están

¹¹⁰² Modificado tanto por la Ley 3/2010, de 7 de junio, como por la más reciente Ley 3/2012, de 8 de marzo.

suficientemente justificadas las licencias previas para garantizar la protección del medio ambiente o una adecuada ordenación del territorio¹¹⁰³. Así se establece en el punto 92 de la resolución que, por su importancia, reproduzco:

“92. [...] La instauración de medidas preventivas y, por consiguiente previas debe, en el presente contexto, considerarse adecuada para garantizar la realización del objetivo de protección del medio ambiente. En efecto, la adopción de medidas a posteriori, si se pone de manifiesto que la implantación de un establecimiento comercial ya construido tiene un impacto negativo sobre el medio ambiente, resulta una alternativa menos eficaz y más costosa que el sistema de autorización previa. Este mismo razonamiento es aplicable en lo que respecta a la ordenación del territorio”.

Bien es cierto que en este asunto el Reino de España termina siendo condenado por incumplimiento del artículo 43 del Tratado relativo a la prohibición de establecer restricciones entre Estados miembros a la libertad de establecimiento¹¹⁰⁴. Pero se debe

¹¹⁰³ En este caso se analiza la legislación estatal y catalana sobre los establecimientos comerciales y su adecuación al artículo 43 del Tratado CE. La Comisión estimaba que la legislación catalana sobre establecimientos comerciales producía un efecto discriminatorio indirecto al favorecer la implantación de establecimientos medianos, mayoritariamente españoles en lugar de grandes establecimientos comerciales, que suelen ser originarios de otros Estados miembros. España, por su parte, estimó que estas restricciones estaban justificadas en razones de interés general como la protección de consumidores, la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. El Tribunal de Justicia determina que “las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente”, invocados por España como razones imperiosas de interés general. Sin embargo, España no realiza el obligado análisis sobre la oportunidad y proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada, lo que supone que las mencionadas restricciones no están justificadas. Además, se considera que, pese a que la utilización de licencias previas puede estar justificado por la existencias de razones imperiosas de interés general, no pueden utilizarse consideraciones meramente económicas para denegar las correspondientes licencias.

¹¹⁰⁴ Artículo 43. En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

aclarar que la condena se produce no por la utilización del mecanismo de la licencia previa como medio de control preventivo, pues como se acaba de ver, el Tribunal estima que puede estar justificado por razones imperiosas de interés general. Sino por la configuración del procedimiento administrativo a través del cual se otorga la licencia y por la utilización de requisitos económicos, prohibidos, como ya se ha indicado, por la Directiva Servicios

3.7.- Turismo rural y ecoturismo.

En realidad, nos estamos refiriendo a dos modalidades de turismo diferentes, pero que presentan un elemento común, su relación con el medio ambiente donde se desarrollan, que resulta esencial. En este sentido, comparten característica, también, con el turismo activo, aunque este presenta elementos diferentes que justifican, según entiendo, un tratamiento separado¹¹⁰⁵.

En cualquier caso, este elemento común, es decir, el hecho de que estas actividades se desenvuelvan en el entorno natural, supone que muchos de los argumentos utilizados en el epígrafe anterior me sirvan para estos subsectores concretos.

De hecho, la necesidad de proteger a toda costa el medio ambiente donde se llevan a cabo, me hace pensar, tal y como ya dije para el turismo activo, que existe una razón imperiosa de interés general que hubiese justificado, sin lugar a dudas, el mantenimiento del régimen de autorización previa.

¹¹⁰⁵ VÁZQUEZ VARELA, C., y MARTÍN GIL, F., “Problemas de sostenibilidad del turismo rural en España”, *Anales de Geografía*, 2011, vol. 31, núm. 1, pág. 176, “Los deportes de aventuras distan mucho de ser rurales porque los habitantes de estos medios no desafiaban a la naturaleza, sino que trataban de conocerla para no arriesgar la vida de forma innecesario”. El escaso conocimiento de la población urbana de los medios rurales determina, por ejemplo, que los espacios puestos en valor, mediante su incorporación al mercado turístico, con frecuencia no son más que estereotipos de lo que los urbanitas piensan que es el medio rural. Así, en revalorización de estos espacios se utiliza una serie de recursos, como los relacionados con la práctica de deportes de aventura que no son propios del medio rural.

Y es que, al igual que ha ocurrido en el resto de los subsectores analizados (en algunos en mayor medida que en otros, como hemos visto), respecto al turismo rural y el ecoturismo se han eliminado los controles previos de acceso, siendo sustituidos por los nuevos instrumentos de control posterior: las declaraciones responsables o comunicaciones previas.

Ya me he referido, con profusión, a analizar las consecuencias que este cambio en el régimen jurídico de acceso puede tener sobre los diferentes subsectores turísticos en concreto, y sobre el turismo en general: disminución de la calidad y peligro de la supervivencia del sector. Pero estimo conveniente, no obstante, volver a reiterar la idea para el supuesto del turismo rural y el ecoturismo.

Cabe indicar, en primer lugar, que uno de los más básicos principios del Derecho sobre la protección del medio ambiente es el de la prevención¹¹⁰⁶, lo que implica que cualquier actividad que realicen las Administraciones en su función constitucional de proteger el entorno natural (artículo 45 de la Constitución Española¹¹⁰⁷), tiene que anticiparse a la realización del daño. Con lo que habrá de dotar a las diferentes administraciones competentes de los instrumentos jurídicos adecuados (sobre la posibilidad de utilizar instrumentos como la evaluación de impacto ambiental me referiré posteriormente). De ahí que defienda la necesidad de mantener los controles previos de acceso.

¹¹⁰⁶ La profesora Blanca LOZANO CUTANDA, en *Derecho ambiental administrativo*, Ed., Dickinson, Madrid, 2008, pág. 190, señala como principios esenciales de la acción comunitaria en materia de protección del medio ambiente, el de acción preventiva y cautela. Sobre este principio esencial en el Derecho medioambiental véase el excelente trabajo del profesor José ESTEVE PARDO, convertido ya en clásico, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1999.

¹¹⁰⁷ 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Y es que, en mi opinión, los nuevos sistemas de control posterior no son suficientes para garantizar una adecuada protección del medio ambiente, ya que permiten el acceso a la actividad a ciertos particulares sin comprobar el cumplimiento de los correspondientes requisitos, lo que facilita, en principio, que empresas y particulares comiencen a prestar servicios de estas características causando daños al medio ambiente, sin que la administración intervenga con carácter preventivo.

Además, debemos tener en cuenta que uno de los principales atractivos de este tipo de turismo es su vocación minoritaria, es decir, el encanto de las zonas rurales y de la naturaleza escasamente poblada¹¹⁰⁸. Por lo que habrá que hacer especiales esfuerzos para mantener una capacidad de carga más baja que en otros territorios para, precisamente, garantizar el encanto y, por consiguiente, la subsistencia de la demanda. Si se permite un crecimiento descontrolado de la oferta, no solo se habrá atentado contra el medio ambiente, favoreciendo un desarrollo insostenible del sector, sino que se estará poniendo en peligro el propio futuro de esta modalidad turismo. Así lo pone de manifiesto la profesora Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ al manifestar que “El turismo de masas no solo resulta contrario al medio ambiente y al paisaje sino que, cada vez con mayor frecuencia, es expresión de un desarrollo insostenible y de una baja calidad turística”¹¹⁰⁹

En definitiva, se debe apostar por la calidad antes que por la cantidad, y ello pasa, según entiendo, por llevar un estricto control de la oferta, impidiendo excesos en

¹¹⁰⁸ En esta línea, DE ESTEBAN CURIEL, J., “¿Qué modelo de turismo sostenible queremos en Europa para el siglo XXI: preservación o desarrollo?”, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 24, 2013, págs. 253 y 254, manifiesta que: “Está claro que el turismo masificado en Europa incide sobre el medio ambiente, lo que puede provocar un uso no sostenible de los recursos e inducir daños irreversibles en los ecosistemas. De este modo, una gestión de políticas de preservación ha de tenerse muy en cuenta en las próximas planificaciones estratégicas turísticas, pues constituirían un factor clave en la industria turística Europea del futuro inminente en aras de la sostenibilidad”.

¹¹⁰⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “El valor de lo intangible y armonizado en la calidad turística europea”, pág. 350.

la capacidad de carga¹¹¹⁰, a través de los instrumentos jurídicos más adecuados, como en este caso serían, sin lugar a dudas, los controles previos (autorizaciones y licencias)¹¹¹¹.

Pero esto no significa, como ya se ha señalado en otro lugar, que los regímenes de control previo deban mantenerse como hasta ahora los conocemos. Todo lo contrario. Si queremos que las empresas del sector aumenten en competitividad y ofrezcan unos servicios cada vez con mayor calidad, deben replantearse las relaciones entre las empresas y profesionales del sector con las Administraciones competentes. En este sentido, la Directiva Servicios y las normas de transposición han realizado cambios muy positivos, generalizando el silencio estimatorio¹¹¹², estableciendo puntos de ventanilla única para facilitar las relaciones con la Administración, impulsando los procedimientos telemáticos, en definitiva, simplificando la tan denostada burocracia.

¹¹¹⁰ VÁZQUEZ VARELA, C., y MARTÍN GIL, F., “Problemas de sostenibilidad del turismo rural en España”, cit., pág. 184, “Otros problemas de diferente naturaleza cuestionan la salud y sostenibilidad ambiental, social y económica del sector a corto y medio plazo en un número creciente de destinos rurales especializados en turismo gastronómico, cultural y de naturaleza. Este es el caso de Sepúlveda, Riaza, Pedraza en Segovia, Montejo de la Sierra y Patones en Madrid, Potes o Santillana del Mar en Cantabria o Cobarrubias en Burgos. Todos ellos son a su vez lugares donde no se han aplicado estrategias de desarrollo turístico planificadas y preocupadas en ordenar y regular el crecimiento de la oferta de infraestructuras básicas de acogida. Y también todos ellos son destinos donde el éxito turístico ha desembocado en situaciones críticas definidas por fuertes crecimientos puntuales del número de visitantes que provocan múltiples conflictos. Entre otros destacan los derivados de la congestión, por sus impactos negativos en la calidad de vida de los residentes, en la satisfacción de la experiencia turística de los visitantes...”

¹¹¹¹ VÁZQUEZ VARELA, C., y MARTÍN GIL, F., “Problemas de sostenibilidad del turismo rural en España”, cit., pág. 174, “Apostar, en definitiva, por la cualidad frente a la cantidad para evitar que demasiado turismo acabe siendo perjudicial para el desarrollo sostenible de los territorios, para reducir los riesgos de estancamiento sectorial y de retroceso de la rentabilidad de las empresas, minimizar la pérdida de peculiaridad, autenticidad y singularidad de la oferta turística de los territorios y evitar la degradación de los recursos patrimoniales, problemas que ya comienzan a detectarse en los espacios rurales españoles”.

¹¹¹² Respecto al silencio administrativo, es necesario señalar que la regulación efectuada en los artículos 42 y 43 de la LRJPAC era ya muy adecuada, pues establecía un régimen general de silencio administrativo. Lo que ocurre es que se había conseguido defraudar mediante la aprobación, en diferentes normas con rango de Ley (habitualmente en las denominadas leyes de acompañamiento), un muy numeroso número de procedimientos donde el silencio se entendía negativo, con lo que llegó incluso a la conversión del silencio positivo en la excepción. Ahora, y a resultas de la modificación del artículo 43 de la LRJPAC por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, no se exige sólo que el silencio negativo venga recogido en una norma con rango de Ley, sino que además esté justificado por razones imperiosas de interés general, con lo que este concepto se convierte, como ya he señalado, en la clave de todo el sistema de intervención administrativa tras la Directiva.

3.8.- Los guías turísticos. Mantenimiento de los controles previos.

He venido hablando, en las últimas páginas, del cambio que el bloque normativo de la liberalización ha supuesto para los sistemas de control administrativo en el ámbito turístico. Se ha pasado de un sistema de control previo, basado en la autorización turística, a unos instrumentos de control posterior, que gravitan sobre las declaraciones responsables y las comunicaciones previas.

Pero existe un subsector turístico concreto donde no se ha realizado dicha sustitución con carácter general, sino que se han mantenido los sistemas de control previo en muchas regiones: los guías turísticos.

Así, algunas comunidades autónomas, incluso de las que se pueden calificar como más entusiastas en la transposición de la Directiva, han mantenido el régimen de habilitación previa necesaria para ejercer como guía de turismo. Por ejemplo, Cataluña (artículo 65.2 de la Ley 13/2002, de 21 de junio), Galicia (artículo 90.1 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre), Castilla-La Mancha (artículos 25 y 26 de la Ley 8/1999, de 6 de mayo), La Rioja (artículo 24 de la Ley 2/2001, de 31 de mayo), Baleares (artículo 65.2 de la Ley 8/2012, de 19 de julio), Andalucía (artículo 54 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre). El resto de comunidades autónomas, en cambio, parecen haber optado por la eliminación de la habilitación previa como medio de acceso a la prestación de este tipo de servicios turísticos tan característico y de tanta importancia.

3.8.1.- Concepto.

Primero de todo, estimo necesario llevar a cabo una delimitación conceptual de lo que es un guía turístico. Y es que, si bien un guía turístico es un profesional del turismo, no todos los profesionales del turismo son guías turísticos, como es lógico.

Los guías turísticos¹¹¹³ son aquellas personas físicas que se dedican de forma profesional y remunerada a prestar servicios de información turística a los usuarios. Deben acreditar, para desempeñar este trabajo, determinados conocimientos de arte, historia, idiomas, etcétera.

Sin embargo, los profesionales turísticos, en general, son aquellos que ejercen su profesión en empresas de servicios turísticos o como profesionales turísticos, pero no necesitan ninguna habilitación previa.

En definitiva, los guías turísticos son aquellos que requieren, para ejercer su profesión, una habilitación profesional, que no es lo mismo que una titulación determinada. De ahí que el régimen jurídico de los guías turísticos no sea igual que el de las profesiones tituladas. No es lo mismo.

3.8.2.- Justificación de la intervención administrativa en este subsector.

Son dos las razones esenciales que justifican la intervención administrativa en este ámbito.

Por un lado, tenemos que tener en cuenta que los guías turísticos llegan a entablar una relación muy estrecha con los turistas cuando estos están visitando un determinado territorio. En este sentido, los guías pueden llegar a convertirse en una parte esencial del viaje y, en definitiva, de la experiencia vivida por el usuario o consumidor. Los guías pueden ejercer una influencia vital sobre los turistas, llegando incluso a convertir en algo anecdótico una mala experiencia en el destino turístico, o, al contrario, en anodina la estancia en el mejor de los lugares. De ahí, que la profesión de

¹¹¹³ La profesión de guía turístico es una profesión regulada, que no titulada. Es decir, está ordenada por el Derecho, pero no se exige ninguna titulación específica para desempeñarla.

guía turístico esté tan íntimamente relacionada con la calidad del turismo, pues la percepción final del turista puede depender, en buena medida, del trabajo y profesionalidad del guía. Esta conexión íntima entre el ejercicio de la profesión de guía y la calidad del turismo hace que la Administración deba intervenir permitiendo el ejercicio de la misma tan solo a aquellos que hayan demostrado que poseen las cualidades adecuadas. Es decir, es una intervención administrativa para salvaguardar y garantizar la calidad del servicio prestado, es decir, del turismo¹¹¹⁴.

Por otro lado, no debemos olvidar que estamos ante una profesión que exige una cualificación profesional¹¹¹⁵ y, por tanto, plantea el problema específico del reconocimiento entre los diferentes Estados miembros de la Unión. Hay que indicar, no obstante, que este tema concreto es objeto de una regulación específica en el seno de la Unión Europea, mediante la Directiva 2005/736/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Directiva que, por cierto, incorpora la técnica de la declaración responsable para el caso de desplazamientos, por primera vez, del prestador de servicios ante las autoridades del Estado miembro de destino¹¹¹⁶.

A día de hoy, todas las comunidades autónomas permiten el ejercicio en su territorio de guías turísticos procedentes de otras comunidades, u otros Estados miembros (y ya habilitados en sus lugares de origen), sin necesidad de que se tenga que obtener otra habilitación diferente.

¹¹¹⁴ En este sentido, cabe citar al profesor TUDELA ARANDA, J., “Significado y función de los nuevos recursos turísticos en la nueva legislación turística”, cit., pág. 117, “la calidad no es barata ni sencilla de obtener y la tentación de renunciar a ella es excesiva [...] el cumplimiento de la condiciones de calidad exigirá del poder algo más que medidas de fomento. Exigirá una inteligente articulación de la política pública y el establecimiento de las correspondientes medidas de control e inspección”.

¹¹¹⁵ Repito, que no es lo mismo que una profesión titulada.

¹¹¹⁶ JIMENEZ GARCÍA, F., “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, cit., pág. 789, Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. “La Directiva sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales incorpora la técnica de la declaración previa en caso de desplazamiento por primera vez del prestador de servicios ante las autoridades del Estado miembro de destino”.

Pero, no es la cuestión del reconocimiento de la habilitaciones lo que realmente me preocupa y de lo que quiero tratar en este trabajo, sino de lo que ocurrirá si se permite el acceso a la prestación de este servicio turístico, tan importante para la calidad, sin necesidad de obtener la correspondiente habilitación (y por tanto, sin previo control administrativo), o si, en el mismo sentido, se permite el acceso a esta actividad de personas que habiendo obtenido la habilitación en territorios (de otra comunidad autónoma, o de otro Estado miembro), donde se pueda comenzar a ejercer la actividad mediante la presentación de una declaración/comunicación previa con control posterior, lo que, en mi opinión, no garantiza el cumplimiento de los requisitos de calidad. A esto dedicaré el siguiente epígrafe.

3.8.3.-La calidad turística como razón imperiosa de interés general que justifica el régimen de habilitación previa.

Más arriba he mencionado aquellas comunidades autónomas que mantienen el régimen de habilitación previa para el acceso a esta actividad turística. Aunque ninguna de ellas explica las razones de esta decisión, no cabe duda de que el mantenimiento de unos niveles adecuados de calidad turística en este servicio ha jugado un papel muy importante a la hora de que el legislador se decidiese por este tipo de controles administrativos previos. Sobre todo teniendo en cuenta que, como ya he explicado, esta no ha sido la tónica habitual en otros servicios turísticos.

De lo que se puede deducir, en mi opinión, que la calidad turística ha sido considerada en estas comunidades autónomas una razón imperiosa de interés general que justifica el mantenimiento de los controles administrativos previos. Algo con lo que estoy plenamente de acuerdo, porque la calidad, pese a que se ha convertido en un concepto, quizás, muy manoseado, y que a los juristas no nos guste demasiado, no se puede dudar que ha pasado a ser esencial para el futuro del turismo en este país. Sin calidad, no se podrán mantener los actuales niveles de ingresos del sector. Por ello, en este concreto ámbito de la economía (y de los servicios en general), la calidad puede ser considerada, sin demasiado esfuerzo intelectual, en una razón imperiosa que justifica

una mayor intensidad en el control administrativo (sin que esto signifique, no me cansaré de repetirlo, mantener las actuales estructuras de intervención administrativa). Algo con lo que estoy plenamente de acuerdo

No obstante lo anterior, algunos autores defienden la tesis contraria “pues no resulta tan fácilmente justificable el hecho de que deba de prevalecer el citado régimen de control apriorístico mediante autorización frente a otros mecanismos ciertamente menos intervencionistas como podría ser, por ejemplo, el de comunicación previa”¹¹¹⁷.

El problema fundamental radica, en cualquier caso, en que, realmente, estos regímenes dispares en las diferentes comunidades autónomas no van a permitir un tratamiento unitario y uniforme de la materia en nuestro país, algo que sería adecuado para garantizar la calidad del servicio de todos los guías¹¹¹⁸. Y es que, imaginemos lo fácil que será para una persona que no quiera solicitar la habilitación para ejercer como guía en una determinada comunidad autónoma, irse a otra comunidad (u otro Estado miembro) donde solo se exija la presentación de una comunicación/declaración para el territorio nacional y europeo.

¹¹¹⁷ BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, cit. pág. 507 “algunas leyes autonómicas mantienen el régimen de autorización (habilitación) para el ejercicio habitual y retribuido de la profesión de guía de turismo, bien con carácter general o bien restringido a ciertos lugares (normalmente, museos, bienes integrantes del patrimonio cultural o incluso recursos naturales). En este sentido, y si bien cumple con el Derecho de la Unión Europea el hecho de no establecer ninguna limitación por razón de la nacionalidad o exigencia alguna de origen de la cualificación para el desempeño de la profesión de guía turístico, puede resultar controvertida la exigencia adicional, sobre la cualificación profesional, de un régimen de autorización para los sujetos (nacionales o extranjeros) que deseen ejercer la actividad de guía de turismo. La mera obtención de la cualificación profesional exigida debería bastar para poder ejercer la actividad en todo el territorio estatal cuando se exija disponer de ella para el ejercicio de la actividad turística, sin necesidad de controles previos adicionales, tales como la inscripción en un registro, la colegiación o la obtención de una autorización. Los motivos de garantía de la capacitación de los guías en aras de la lucha contra el fraude y la consecución de los objetivos de calidad del servicio podrían calificarse como razones imperiosas de interés general, pero no resulta tan fácilmente justificable el hecho de que deba de prevalecer el citado régimen de control apriorístico mediante autorización frente a otros mecanismos ciertamente menos intervencionistas como podría ser, por ejemplo, el de comunicación previa”.

¹¹¹⁸ No se debe olvidar que en este trabajo defiende la necesidad de alcanzar el objetivo de la calidad de destino global, es decir, de todos y cada uno de los servicios turísticos y en todo el territorio del Estado.

Y sin embargo, es esencial para garantizar la calidad del sector controlar que aquellos que ejerzan como guías turísticos tengan una formación adecuada y pueden desempeñar sus funciones con plena profesionalidad. Y ese control debe realizarse por la Administración pública competente, asegurando que sólo aquellos que hayan acreditado un nivel mínimo de competencia y formación, puedan desempeñar las funciones de guía turístico. Y es que, en el sector turístico en general, y en el de los guías en particular, la calidad depende, repito, de la profesionalidad y la formación de las personas que prestan materialmente los servicios¹¹¹⁹.

4.- La liberalización del sector turístico. Su efecto sobre los principios esenciales del Derecho del Turismo.

4.1.- Introducción.

Acabo de analizar el impacto que la Directiva Servicios y sus normas de transposición han tenido sobre cada uno de los diferentes subsectores turísticos. Intentando, no obstante, dejar claro que defendiendo una visión unitaria y global del turismo, por lo que se debe garantizar la calidad en todos y cada uno de los subsectores estudiados para alcanzar la calidad integral en el sector.

En este epígrafe, por su parte, trataré de analizar el efecto que el bloque normativo de la liberalización ha ocasionado sobre determinados principios turísticos esenciales¹¹²⁰. En concreto, sobre la calidad y la sostenibilidad turística, que son, en mi

¹¹¹⁹ SANCHO, A., “Calidad y educación: un reto para el sector turístico”, *Estudios Turísticos*, núm. 119-120, 1993, pág. 23. “En la industria turística, dado su carácter de sector servicios, la calidad depende, en gran medida, de la cualificación y motivación del sector para satisfacer al cliente”. En el mismo sentido, HORNO OCTAVIO, C., “La visión institucional de la política turística”, cit., pág. 88, “Puede decirse que la calidad del turismo depende en buena medida de la participación y la buena formación de sus trabajadores”.

¹¹²⁰ Entiendo por principios esenciales del turismo, siguiendo a BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, en *El Derecho del Turismo en el Estado Autonomico: una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2006, pág. 111, “Los principios generales del Derecho del Turismo han de ser ideas cardinales

opinión, las bases fundamentales del actual modelo turístico y al que las comunidades autónomas no pueden renunciar sin que el sector se vea muy negativamente afectado.

Parto de la premisa de que la aprobación de la Directiva Servicios ha supuesto una importante liberalización del sector, pues ha significado una flexibilización de los controles administrativos y un descenso, sino eliminación, de la actividad de ordenación. En definitiva, el acceso a la prestación de servicios turísticos es hoy mucho más fácil que antes de la Directiva.

Esto tiene una dimensión indiscutiblemente muy positiva, pues se reducen los costes de inicio de actividad y se permite a un mayor número de profesionales y empresas el ejercicio de estas actividades. Se incentiva, además, lo que se viene denominando desde hace unos años “emprendeduría”, es decir, favorecer el espíritu emprendedor de los ciudadanos para que, por sí mismos, sean capaces de generar negocio y puestos de trabajo.

Pero esa liberalización tiene también un componente muy negativo que, en mi opinión, no ha sido suficientemente valorado por las comunidades autónomas que han llevado a cabo la transposición de la Directiva en sus ordenamientos turísticos. Y es que, al haber un menor control administrativo sobre las actividades turísticas, es más fácil que se incumplan los requisitos normativos y, por ende, se pueda ver afectada la calidad y sostenibilidad del turismo. Además, al eliminar los controles preventivos y sustituirlos por controles posteriores, se traslada el coste desde los particulares a las Administraciones públicas, algo que en una situación de máxima austeridad y restricción del gasto público como la actual, puede generar importantes problemas y, en

que constituyen su origen y fundamento, dotadas de un alto grado de generalidad [...] serían aquellos pilares básicos que soportan, por sus características singulares y proyección externa, la arquitectura del sistema normativo turístico y que, de alguna manera, expresan cuales son las convicciones, los valores fundamentales, las aspiraciones más altas de la comunidad política en dicha materia y en un momento cronológico determinado de su organización y convivencia. dicho en otros términos: estos principios serán los elementos centrales del discurso político, social y económico vigente en un momento y ámbito territorial determinado sobre la actividad turística, o los puntos básicos del acuerdo social sobre el turismo y su desarrollo que fundamentan las estrategias centrales de las respectivas administraciones y agentes turísticos al constituirse a su vez en elementos clave de la organización turística española.

definitiva, favorecer la omisión de los mismos, poniendo en riesgo los principios esenciales antes mencionados.

4.2.- Liberalización y garantía de la calidad y sostenibilidad del turismo.

En realidad, se trata de dos principios diferentes aunque íntimamente relacionados¹¹²¹, como ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar de este trabajo. Sin garantizar la calidad, no podemos hablar de turismo sostenible, por lo que para alcanzar este es necesario previamente asegurar aquel. Por lo tanto, para que el sector turístico se desarrolle de forma sostenible, es necesario llevar a cabo una ordenación del sector que garantice que todos y cada uno de los operadores, públicos o privados, cumpla unos mínimos requisitos de calidad.

Y es aquí donde el papel de las Administraciones públicas alcanza mayor importancia, porque son ellas, en concreto las autonómicas, las que deben ordenar el sector. Y ello pasa, entre otras cosas, por reglamentar adecuadamente los requisitos de acceso a las actividades turísticas y controlar que se cumplan por las empresas y profesionales. Es imprescindible, por consiguiente, una presencia activa de la Administración que fije los objetivos y encauce la actividad privada hacia dichos fines¹¹²².

¹¹²¹ NOGUERIA LÓPEZ, A., “la ordenación del territorio y los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, cit., pág. 185, “El desarrollo turístico sostenible está basado, por una parte, en un crecimiento territorial y económicamente equilibrado y, por otra se asienta en unas bases que priman la idea de calidad sobre la cantidad y, en consecuencia, favorecen un mayor respecto de los recursos ambientales, culturales, patrimoniales”

¹¹²² Citando al profesor José TUDELA ARANDA, “Un nuevo Derecho para un nuevo turismo”, cit., pág. 282, “En efecto, si se quiere un turismo sostenible, un turismo amparado en criterios de calidad, que proteja al turista y garantice su seguridad, si se quiere utilizar el turismo como un instrumento de desarrollo de las zonas más desfavorecidas el poder público está obligado a una intervención activa y enérgica”.

Porque, en este aspecto, no podemos pretender que sean las empresas y profesionales del sector las que, por iniciativa propia y de forma exclusiva, garanticen la calidad y sostenibilidad del turismo. El mercado turístico, por sí mismo, no se regula de forma adecuada. Y es que, como ha indicado el profesor TUDELA ARANDA de manera muy acertada, “la calidad no es barata ni sencilla de obtener y la tentación de renunciar a ella es excesiva [...]”¹¹²³. “En efecto, el poder es consciente de que no puede dejar el cumplimiento de las exigencias de calidad en manos de los particulares¹¹²⁴ [...] ello conlleva una Administración turística poderosa, fuertemente intervencionista. Un intervencionismo que se justificaría por la gran repercusión que sobre el interés general posee sobre la actividad turística”¹¹²⁵.

En la misma línea, el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha indicado, muy certeramente, que “los propios objetos y situaciones que despiertan la atracción del turista no sobrevivirían en el mundo actual si se dejara jugar libremente a las reglas del mercado. Hay equilibrios tradicionales que han demostrado su virtualidad para proteger objetos y situaciones: pero a veces irrumpen inesperados agentes agresivos. Cuando los viejos equilibrios se rompen (y en ocasiones se rompen bruscamente) se reclaman respuestas también enérgicas para defender los valores implicados. Entra en juego así la necesidad de una decidida intervención del Estado”¹¹²⁶.

Abundando en este argumento, podemos citar al profesor Diego A. BARRADO TIMÓN que indica que “gran parte del producto turístico son bienes y servicios no

¹¹²³ TUDELA ARANDA, J., “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, cit., pág. 217.

¹¹²⁴ TUDELA ARANDA, J., “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, cit., pág. 217.

¹¹²⁵ TUDELA ARANDA, J., “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, cit., pág. 218.

¹¹²⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Prólogo a la obra de BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación del territorio*, Atelier, Barcelona, 2006. Se puede consultar asimismo, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *El Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, cit., pág. 398.

comercializables (calidad del aire, del paisaje urbano y del natural, tranquilidad, movilidad, dotación de infraestructuras, etc.) y que no tiene precio de mercado, por lo que difícilmente serán correctamente provistos, distribuidos y gestionados por el sector privado. Sin embargo, la calidad del producto turístico, y de modo más explícito, la percepción que de esa calidad tenga el turista-consumidor, depende de manera directa del conjunto de esos elementos. Esta argumentación lleva indefectiblemente a defender la participación de la administración en el turismo en razón de las especiales características del sector, estando el problema en cómo (límites, procesos, objetivos) esa intervención debería producirse”¹¹²⁷.

Por consiguiente, **lejos de liberalizar el sector, atenuando o eliminando la presencia de la Administración pública, como promueven las normas del bloque normativo de la liberalización, la calidad y sostenibilidad exigen, no una mayor intervención, sino una intervención más inteligente y efectiva.** Pero el protagonismo de la Administración, en este sentido, no puede ser cuestionado. Al contrario, debe tenerse presente que sin una intervención administrativa eficaz, la consecución de los objetivos señalados, calidad y sostenibilidad, difícilmente podrán ser alcanzados. Por mucho que algunos autores promuevan una mayor confianza de la Administración en los particulares¹¹²⁸, y una intervención solo *a posteriori*.

Si no se dota a la Administración de los instrumentos de intervención previos y suficientes, es posible que la calidad se vea perjudicada. Y una vez ocurrido esto, ningún control posterior podrá reparar el daño causado, es decir, no será eficaz.

¹¹²⁷ BARRADO TIMÓN, D. A., “Ordenación territorial y desarrollo turístico. Posibilidades modelos y esquemas de ordenación territorial del turismo en la España de las Autonomías, *Estudios Turísticos*, núm. 149, 2001, pág. 5.

¹¹²⁸ NEVADO BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, cit., pág. 177.

En este sentido, el nuevo rumbo liberalizador adoptado por las leyes turísticas autonómicas, lejos de mejorar la calidad del turismo, puede perjudicarlo. Lo que demuestra que no ha habido una reflexión suficiente, una toma en consideración meditada, a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico. Muy al contrario, del análisis de la normativa mencionada se observa precipitación y ausencia de un estudio suficiente de las consecuencias que podían acarrear los nuevos instrumentos de intervención. Es decir, no se ha llevado a cabo una ponderación adecuada de los intereses en juego.

Y es que, en mi opinión, la calidad y sostenibilidad turística son razones imperiosas de interés general que justifican, el mantenimiento de controles administrativos previos para la prestación de este tipo de servicios. No es forzado realizar una interpretación de este tipo. Al contrario, la importancia del turismo para la economía del Estado, hace más que posible, necesaria, esta interpretación normativa.

4.3.- Sector turístico y protección del medio ambiente.

La íntima relación existente entre turismo de calidad y medio ambiente ha sido reconocida por la mayoría de los autores que han estudiado la materia¹¹²⁹. No podemos hablar de desarrollo turístico sostenible sin que se tenga en cuenta un enfoque de la política turística basada, fundamentalmente, en una adecuada protección del medio ambiente¹¹³⁰. Pero esto no es así solo porque la protección del entorno natural se haya convertido en una política transversal u horizontal, es decir, que deba ser tenida en cuenta al elaborar y ejecutar el resto de políticas públicas¹¹³¹, sino que es un elemento

¹¹²⁹ Se puede mencionar, sin ánimo de ser exhaustivos, a GARCÍA SAURA, P. J., “Desarrollo sostenible y Turismo”, cit. pág. 157, “LA relación desarrollo turístico-medio ambiente es uno de los retos más difíciles de la política turística. Es cierto que la demanda es cada vez más exigente en esa relación”-

¹¹³⁰ SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación territorial y urbanismo de las zonas turísticas”, cit., pág. 269 “El factor ambiental forma parte genéricamente considerado del producto turístico en su conjunto”

¹¹³¹ Sobre la horizontalidad de la protección del medio ambiente, ver LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, cit. pág. 194.

esencial para garantizar la pervivencia del propio sector. Y es que, los recursos naturales son, por su propia esencia, recursos turísticos capaces de generar corrientes de consumidores y usuarios. Si esos recursos se degradan y pierden su encanto natural descenderá proporcionalmente, como es lógico, el número de turistas. Por lo que la protección del medio ambiente se convierte en algo necesario para la propia supervivencia del sector

Por tanto, pese a que la protección del medio ambiente está integrada dentro del concepto más amplio de desarrollo turístico sostenible¹¹³², es decir, la sostenibilidad del turismo no puede concebirse sin una adecuada protección del entorno natural, estimo necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de lo que puede suponer la liberalización del sector para la protección del medio ambiente.

Tres premisas van a servir de fundamento a lo que a continuación se quiere desarrollar:

1. La protección del medio ambiente es considerada por el bloque normativo de la liberalización como una razón imperiosa de interés general capaz de soportar (siempre y cuando, además, respete el principio de no discriminación y proporcionalidad) un sistema de control previo.
2. Además, en estas relaciones entre desarrollo turístico y protección del medio ambiente cobra especial importancia el concepto de capacidad de carga.

¹¹³² RIVAS GARCÍA, J. y MAGADÁN DIAZ, M. *Planificación y gestión sostenible del turismo*, cit., pág. 63, “Por tanto, la política turística desde la perspectiva medioambiental tiene que plantearse en torno al mantenimiento de un equilibrio dinámico que permita la satisfacción de las necesidades impuestas por el proceso de desarrollo turístico y al mismo tiempo garantice el medio ambiente y favorezca un uso sostenible de los recursos”; Según GARCÍA SAURA, P. J., “Desarrollo sostenible y Turismo”, cit., pág. 147, los tres puntos clave de un desarrollo turístico sostenible radican en el respeto al medio ambiente, justo desde un punto de vista social y económicamente viable; por su parte, FERREIRA FERNANDEZ, A.X., y NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Aspectos jurídicos de un desarrollo turísticos sostenible”, cit., pág. 268, “para garantizar un turismo sostenible será preciso reforzar los mecanismos de control ambiental y prever los riesgos ambientales”.

Capacidad de carga es el nivel de visitantes que un determinado territorio puede soportar sin que se vea negativamente afectado el medio ambiente donde se desarrollan¹¹³³.

3. En la protección del medio ambiente es necesario adoptar un enfoque preventivo más que reparador. Es decir, se considera más eficaz y eficiente evitar que los daños se produzcan a tener que realizar, en su caso, su reparación. Es el principio de prevención que rige en el Derecho Ambiental

Partiendo de las tres ideas que acabo de mencionar, se puede llegar a conclusiones que pueden poner en duda que la interpretación de la Directiva Servicios realizada por los legisladores autonómicos sea acorde a Derecho comunitario, ya que no se garantiza una adecuada protección del medio ambiente frente a la ejecución de los proyectos turísticos, sobre todo en zonas de gran valor ambiental.

Explico, a continuación, cuales son los principales problemas que plantea la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico llevada a cabo por las comunidades autónomas en relación con la protección del medio ambiente.

Primero, no cabe ninguna duda sobre la consideración de la protección del medio ambiente como razón imperiosa de interés general que puede justificar (si cumple el resto de requisitos establecidos) un régimen de control administrativo previo¹¹³⁴. Para ello no es necesario realizar ningún esfuerzo interpretativo, pues viene expresamente establecido tanto en la Directiva, como en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

¹¹³³ Según definición del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, capacidad de carga supone “el máximo número de personas que pueden visitar un lugar al mismo tiempo sin causar daños físicos, económicos socioculturales o ambientales, así como un inaceptable descenso de la satisfacción de los visitantes”. Se puede consultar, a estos efectos, la página web http://www.pnuma.org/industria/produccion_cs.php

¹¹³⁴ PERNAS GARCÍA, J. J., El efecto desregulador de la Directiva de Servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 281, “El carácter del medio ambiente como razón imperiosa de interés general, excepción al principio general de libre prestación de servicios, ha impedido que esta normativa tenga un impacto considerable en el Derecho ambiental”

Sin embargo, salvo alguna contada excepción que a continuación se menciona, las normas autonómicas sobre turismo no han considerado la protección del medio ambiente como razón adecuada y suficiente para establecer un régimen de autorización turística previa. En concreto, se pueden mencionar como excepciones, la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo de Canarias, en cuyo artículo 24 se señala que “se sujetará a autorización administrativa la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de establecimientos turísticos de alojamiento cuando, por razones medioambientales o de ordenación del territorio, esté legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico...”; el Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón., en su artículo 26.1.a), b), y c) donde se establece la conservación del medio ambiente como razón imperiosa de interés general (aunque no con esta denominación) para exigir autorización previa para la prestación de servicios relacionados con complejos turísticos, turismo activo o alojamientos turísticos al aire libre; la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo de Asturias, artículo 25.7, al señalar expresamente que “Excepcionalmente, y por razones tanto de seguridad pública como de protección del medio ambiente y del entorno urbano, requerirá previa autorización por parte de la Administración competente en materia de turismo la instalación de campamentos de turismo...”.

En definitiva, y pese a la indudable relación existente entre el desarrollo del turismo y la protección del medio ambiente, solo tres de las diecisiete comunidades autónomas han optado por considerar a esta última como una razón imperiosa de interés general adecuada para establecer un régimen de autorización turística previa. A la vista de lo anterior, no me parece que los legisladores autonómicos hayan tenido muy presente la protección del medio ambiente a la hora de desarrollar en sus respectivos territorios la Directiva Servicios.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el concepto de capacidad de carga. Este término, íntimamente relacionado con la protección del medio ambiente¹¹³⁵, indica el número máximo de turistas que un territorio puede soportar sin que se produzcan daños en el entorno natural donde se desarrollan. Pues bien, de acuerdo con esto, **las Administraciones turísticas competentes deberían limitar la oferta turística una vez alcanzado el máximo previsto por la capacidad de carga del territorio correspondiente, para impedir un aumento de la demanda que pudiera ocasionar daños en el medio ambiente.** El problema fundamental reside en que el concepto de capacidad de carga, que puede dar lugar a una limitación legítima de la oferta turística en un determinado territorio, puede entrar en colisión con los principios establecidos en los artículos 14 y 15 de la Directiva Servicios, es decir, los requisitos prohibidos y los requisitos por evaluar¹¹³⁶. Y es que, la limitación de la oferta para controlar una excesiva demanda pudiera ser considerada como una prueba económica absolutamente prohibida por el bloque normativo de la liberalización¹¹³⁷. O, en cualquier caso, un límite cualitativo o territorial, basado en consideraciones demográficas o de distancia mínima entre prestadores¹¹³⁸ que debe ser evaluado por los Estados miembros, antes de su adopción, para analizar su adecuación a la norma comunitaria. Pero, en mi opinión, esta contradicción se salva teniendo en cuenta que la protección del medio ambiente es una razón imperiosa de interés general que, por su importancia, repito, puede servir (o, si se prefiere, debe servir) de soporte jurídico adecuado a un régimen de autorización turística previa.

¹¹³⁵ Esta relación entre capacidad de carga y medio ambiente se observa muy claramente en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo de Canarias, en cuyo artículo 24 se indica literalmente que “se sujetará a autorización administrativa la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de establecimientos turísticos de alojamiento cuando, por razones medioambientales o de ordenación del territorio, esté legal o reglamentariamente restringida o limitada la creación de nueva oferta de alojamiento turístico y, especialmente, siempre que dichas limitaciones vengan justificadas en la ordenación territorial atendiendo a la capacidad de carga de las islas”

¹¹³⁶ Lo que se ha venido en denominar la “lista negra” y la “lista gris” de requisitos. Véase, a estos efectos, entre otros, CIDONCHA MARTÍN, A., en “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, cit., pág. 262.

¹¹³⁷ Artículo 14.5) de la Directiva Servicios. La prueba económica puede consistir, en este caso, en que los prestadores de servicios tuvieran que justificar la existencia de una oferta insuficiente, o que la demanda prevista está lejos de superar la capacidad de carga del territorio.

¹¹³⁸ Artículo 15.2.a) de la Directiva Servicios.

Por último, y de acuerdo con lo anterior, los legisladores autonómicos, a la hora de desarrollar la Directiva, parecen no haber tenido en cuenta el principio de prevención que rige en Derecho ambiental¹¹³⁹. Este principio de prevención, como su propio nombre indica, exige habilitar a las Administraciones pública con instrumentos administrativos que permitan llevar a cabo controles previos sobre las actividades de los particulares para evitar, en la medida de lo posible, la producción de daños al medio ambiente. Pues bien, este principio de prevención choca frontalmente con los nuevos instrumentos de control posterior establecidos en el bloque normativo de la liberalización¹¹⁴⁰ y que todas las comunidades autónomas, sin excepción, se han apresurado a establecer en sus normas turísticas. Según entiendo, si se pretende alcanzar un desarrollo turístico sostenible, respetuoso con el medio ambiente, es imprescindible realizar controles previos a las actividades turísticas. Por el momento, no existe forma más eficaz de control.

No obstante lo anterior, existen mecanismos administrativos propiamente ambientales que paliarían en gran medida los problemas anteriormente mencionados. Me refiero, fundamentalmente, a la Evaluación de Impacto Ambiental, tanto de proyectos, como de planes y programas¹¹⁴¹. Estos instrumentos de control preventivo,

¹¹³⁹ La profesora Blanca LOZANO CUTANDA, en *Derecho ambiental administrativo*, cit., pág. 190, señala como principios esenciales de la acción comunitaria en materia de protección del medio ambiente, el de acción preventiva y cautela.

¹¹⁴⁰ PERNAS GARCÍA, J. J., El efecto desregulador de la Directiva de Servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, cit., pág. 281, “El principio más relevante en el desarrollo e interpretación del Derecho ambiental es el de prevención. Ello supone priorizar la actuación preventiva a la correctiva. Por ello, la sustitución generalizada de regímenes de autorización por los de declaración responsable y de comunicación supondría un cambio de paradigma en la política ambiental. Entre el Derecho ambiental y la normativa de servicios se aprecia un choque de principios y premisas básicas: el control previo del derecho ambiental frente al control a posteriori de la normativa de servicios”

¹¹⁴¹ La legislación estatal sobre la Evaluación de Impacto Ambiental se encuentra recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, sobre proyectos (modificada por la Ley 6/2010, de 24 de marzo, en el sentido de añadir un artículo 18.bis para hacer compatible la previa evaluación ambiental con la declaración responsable o comunicación previa. Aquella se exigirá en cualquier caso, antes de la presentación de la declaración o comunicación, resaltando así la importancia de la protección del medio ambiente); y la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de planes y programas, también conocida como evaluación ambiental estratégica.

junto con la denominada Autorización Ambiental Integrada¹¹⁴², debidamente adaptados a los proyectos turísticos o a los planes sobre ordenación turística, pueden impedir que los nuevos instrumentos de control posterior establecidos en la legislación turística autonómica puedan ocasionar daños irreparables en el medio ambiente. En cualquier caso, a este tema concreto dedicaré un epígrafe específico más adelante, al proponer posibles soluciones a los efectos negativos que el bloque normativo de la liberalización puede ocasionar sobre sector turístico.

5.- El impacto de la liberalización sobre los diferentes agentes implicados en la prestación de los servicios turísticos

5.1.- La transposición de la Directiva Servicios y su efecto sobre los consumidores y usuarios turísticos.

5.1.1.- Introducción.

Según he tenido ocasión de señalar más arriba, uno de los elementos esenciales, quizás el más importante, de todo el sector turístico sea el turista, es decir, el destinatario final de los servicios turísticos que paga un precio determinado por los mismos¹¹⁴³.

Sin este elemento, repito, esencial, no tendría sentido todo el proceso de producción. Del turista depende, además, en gran medida, el futuro de propio sector. Pues es difícil que un cliente insatisfecho vuelva a consumir el producto turístico que

¹¹⁴² La Autorización Ambiental Integrada viene regulada en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación

¹¹⁴³ VILLANUEVA CUEVAS, A., “La necesidad de una nueva perspectiva de regulación en la legislación autonómica en materia de turismo”, cit., pág. 21, “El turista, por tanto, reviste de sentido al turismo y a las normas que lo regulan, habida cuenta de que son ellos los que determinan donde, cuando, como y por qué se desplazan y que hacen durante dicho desplazamiento”

le causó decepción y, lo que quizás sea más importante, que recomiende un destino que no ha cumplido sus expectativas.

En ese proceso de satisfacción de los consumidores y usuarios turísticos interviene, como es lógico, la empresa o profesional que presta los correspondientes servicios turísticos. Pero además interviene, y de manera igualmente esencial, las Administraciones pública competentes en la materia, que deberán llevar a cabo las políticas públicas turísticas necesarias para una adecuada protección del usuario turístico¹¹⁴⁴.

En este sentido, cabe señalar, además, que el turista tiene un doble régimen de protección ya que, por un lado, se le aplican las normas generales de protección de los consumidores y usuarios; pero por otro, de manera adicional, se les aplica el régimen específico establecido en las normas turísticas autonómicas¹¹⁴⁵.

Y esto es normal si tenemos en cuenta que el turista es un consumidor que, por sus propias circunstancias, está necesitado de especial protección¹¹⁴⁶. Así, piénsese en que, habitualmente, el turista no conoce el idioma, ni las formas de reclamación, ni los derechos que le asisten en el territorio donde se encuentra, lo que le hace especialmente vulnerable frente a posibles violaciones de sus derechos.

¹¹⁴⁴ No debemos olvidar que la Constitución, en su artículo 51, señala como Principio Rector de la Política Social y Económica la protección de los consumidores y usuarios.

¹¹⁴⁵ En este sentido, resulta interesante el trabajo del profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, cit., pág. 371. “El turista goza de un doble círculo de protección: en su núcleo esencial la protección que recibe se encuentra regulada por los Estatutos de Consumo y las normas sectoriales de protección del consumidor; mientras que el segundo círculo que rodea al anterior la protección viene garantizada por el denominado Estatuto del Turista.

¹¹⁴⁶ CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, cit., pág. 95. “El turista goza de todos los derechos de los consumidores y usuarios. Sin embargo, el turista es un consumidor especialmente necesitado de protección con una posición singularmente débil y necesita una específica protección jurídica como consumidor añadida a la general. Por ello, es necesario añadir al régimen general un régimen especial aplicable a la actividad turística”.

5.1.2.- Calidad turística y protección de los consumidores y usuarios.

Como es fácilmente comprensible, existe una clara relación entre la calidad de los servicios turísticos y los derechos de los consumidores y usuarios. Y es que, si se han generado unas expectativas determinadas en el turista sobre un concreto producto o destino, lo lógico será que se le intente satisfacer de manera que el turista quede absolutamente conforme con los servicios prestados. Si no, además de vulnerarse los derechos del turista, se estará atentando contra el principio general de calidad turística, lo que puede poner en riesgo, como ya se ha explicado en otro lugar, el propio futuro del sector turístico.

Y es que, la calidad del turismo pasa por garantizar a los consumidores y usuarios turísticos una elevada calidad en los servicios prestados. En palabras del profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS, “La atribución al turista de derechos forma parte del conjunto de técnicas jurídicas orientadas a potenciar y garantizar la calidad del turismo”¹¹⁴⁷. Es decir, una de las técnicas que los poderes públicos han de utilizar para alcanzar el objetivo de la calidad turística pasa por dotar de derechos a los consumidores y usuarios. Y no solo, añadiría yo, enunciar esos derechos en una norma jurídica, sino garantizar su cumplimiento, lo que implica que se dote a los turistas de los medios adecuados para ejercerlos¹¹⁴⁸.

En cualquier caso, según entiendo, lo más eficaz para garantizar la calidad del turismo, y por tanto, los derechos de los consumidores y usuarios, es evitar que esos derechos sean vulnerados. Esta debería ser la función principal de los Poderes Públicos,

¹¹⁴⁷ GUILLÉN CARAMÉS, J., “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, cit., pág. 375.

¹¹⁴⁸ GUILLÉN CARAMÉS, J., “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, pág. 377. “La atribución de nuevos derechos al turista debe tener como común denominador la aspiración “a que el turismo sea de calidad”. No debe identificarse calidad con la comodidad, o el confort o incluso el lujo en la prestación de servicios turísticos, esta es un concepto distinto. Así, el turismo en albergues juveniles o el de montaña en su más sura vertiente, no debe estar reñida con la presencia del elemento de calidad en la prestación de dichos servicios. Es la calidad turística en las distintas acepciones que la legislación turística ha hecho sobre la misma, la que debe servir de fundamento al otorgamiento de los nuevos derechos del turista, diferentes a los que ya ostenta en su faceta de consumidor.

y se debería dotar a las Administraciones públicas de todos los medios e instrumentos jurídicos necesarios para cumplir esa función. En este sentido, de manera análoga a lo que ocurre en materia medioambiental, resulta adecuado y necesario aplicar el principio de prevención¹¹⁴⁹, puesto que siempre va a resultar más eficiente y menos costosa la cautela que la reparación cuando los daños han sido ocasionados. Y es que, las vulneraciones de los derechos de los consumidores y usuarios turísticos son muy difíciles de reparar y, además, sus consecuencias sobre el sector pueden ser muy negativas¹¹⁵⁰, poniendo incluso en riesgo, como ya he indicado en numerosas ocasiones, el propio futuro del sector.

Pero, no es que solo esté en peligro la satisfacción de las necesidades del turista y la calidad del servicio turístico determinado, sino que, en muchas ocasiones, se puede poner en riesgo incluso su vida, su integridad física o su salud. Lo que determina que la Administración pública haya de garantizar, con todos los medios jurídicos a su alcance, esos bienes jurídicos determinados. Llevando a cabo, si fuera necesario, un control preventivo exhaustivo de las mencionadas actividades turísticas. Valga como ejemplo de esta circunstancia, muchas actividades turísticas de turismo activo que pueden poner el usuario en situaciones límite.

¹¹⁴⁹ FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El marco estratégico de la política de turismo de la Unión Europea: Evolución y régimen vigente”, cit., pág. 23, “Este marco de acción (se refiere al Informe del Grupo para la Sostenibilidad del Turismo de la Unión Europea) ha de contar con varios principios que han de respetar todos los agentes del sector turístico, y que hacen referencia a la adopción de un enfoque global e integrado; planificar a largo plazo, lograr un ritmo de desarrollo adecuado; involucrar a todas las partes interesadas, utilizar mejor los conocimientos disponibles, minimizar y gestionar los riesgos (principio de cautela); reflejar el impacto en los costes (algo así como quien contamina paga), en caso necesario establecer límites de capacidad y respetarlos, y llevar a cabo un seguimiento continuo de las repercusiones de la actividad, con el fin de poder introducir modificaciones y mejoras necesarias”

¹¹⁵⁰ Las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento permiten a los usuarios turísticos juzgar, incluso en tiempo real (sobre todo el uso de las redes sociales), la calidad de los servicios prestados en un determinado destino. Si la calidad del servicio prestado es mala, se pondrá en conocimiento inmediato de otros potenciales consumidores lo que determinara que no elijan ese producto turístico en el futuro, lo que puede poner en riesgo el propio futuro de ese producto. No obstante, el uso de estas tecnologías se puede convertir en un arma de doble filo que nos sitúe ante lo que he se puede denominar “la dictadura del consumidor”, es decir, que para cumplir sus expectativas y satisfacer sus deseos se pongan en riesgo otros derechos igualmente dignos de protección, como los de los trabajadores o, incluso, el medio ambiente.

5.1.3.- Impacto de la Directiva Servicios en los derechos de los consumidores y usuarios turísticos.

Siguiendo el razonamiento expuesto en el apartado anterior, debemos poner de manifiesto que las nuevas técnicas de intervención administrativas establecidas por el bloque normativo de la liberalización no ayudan a garantizar los derechos de los consumidores y usuarios turísticos, puesto que lejos de suponer una política de protección preventiva, se fijan instrumentos de control posterior (que, en la mayoría de los casos, ni siquiera están adecuadamente configurados desde el punto de vista jurídico)¹¹⁵¹, lo que facilita, en mi opinión, la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios turísticos.

Este impacto negativo que la Directiva Servicios puede ocasionar sobre los derechos de los consumidores y usuarios turísticos ha sido lugar común en la doctrina que ha analizado la norma comunitaria¹¹⁵². Y es que, incidiendo en la idea manifestada,

¹¹⁵¹NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, cit., pág. 146, “La deficiente regulación reforzada de los controles a posteriori de las empresas que funcionan mediante sistemas simplificados de control inicial, la insuficiencia de la regulación de los mecanismos de reclamación ante empresas posiblemente radicadas en otros países y unos procedimientos de vigilancia de incumplimientos fiados a la (habitualmente ineficaz) cooperación intergubernamental, parece relegar al Derecho del consumo la satisfacción de los conflictos que puedan surgir. Sin embargo, el proceso de reforma de la normativa de derechos de consumidores europea, que debería tener como objetivo la protección de sus derechos en un contexto de relaciones globalizadas, ha sido objeto de serias críticas doctrinales y de instituciones comunitarias”

¹¹⁵²Así, podemos citar, entre otros, a la profesora Blanca LOZANO CUTANDA, “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, cit., pág. 14. “Los intereses públicos de la defensa de consumidores y usuarios puede verse, asimismo, afectados si no existe control suficiente que contrapesa la eliminación de controles previos.; NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, pág. 146, “Si nos referimos de forma más concreta a los derechos de los ciudadanos como consumidores en un contexto de impulso a un mercado interior europeo, los sistemas de garantías siguen siendo insuficientes; RIVERO YSERN, E., “Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas. Reflexiones sobre la actividad de intervención en la Directiva 2006/123/CE”, cit., pág. 144. “Al ser los consumidores (es decir, todos los ciudadanos) quienes son los destinatarios de la actividad desarrollada por los prestadores, es preciso tener en cuenta [...] el equilibrio dentro del marco normativo de la Directiva, entre los intereses de las personas físicas o jurídicas que prestan los servicios (intereses privados) y los intereses colectivos, todo ello en función de la consecución de las libertades del Tratado. JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, cit., pág. 152. “Ciertamente el consumidor puede ser un eslabón débil del sistema si no se refuerzan los mecanismos de control y, de forma adicional, si no se salvaguarda la garantía de calidad de los servicios. Aunque también es verdad que la densidad normativa de esta regulación no es muy alta, pues junto a medidas de fomento se prevén algunas

las declaraciones responsables o las comunicaciones previas no parecen instrumentos administrativos adecuados para garantizar unos derechos tan relevantes.

Por poner un ejemplo especialmente dramático, pensemos en un promotor de una actividad de turismo activo (rafting, *puenting*, descenso de ríos, etcétera) que, pese a manifestar en declaración responsable que cumple los requisitos normativos establecidos¹¹⁵³, no es así. Este profesional o empresario comenzará a ejercer esa actividad y prestar servicios a usuarios sin que la Administración pública haya podido realizar un control del cumplimiento de los más mínimos requisitos de calidad y seguridad. Por lo que se puede estar poniendo en riesgo la vida y la salud de los turistas, sin que la Administración competente haya intervenido en ningún momento. Y, desgraciadamente, no es un ejemplo tan descabellado. Más bien, al contrario. Y es que, estos instrumentos de control posterior a los que nos hemos referidos pueden ser muy útiles en determinados países de cultura anglosajona, donde existe una educación jurídica que fomenta el cumplimiento voluntario de las normas jurídicas, pero no en países como el nuestro, de cultura latina, donde no es tan mal visto socialmente el incumplimiento de las obligaciones jurídicas¹¹⁵⁴.

obligaciones de información que deben tener los prestadores, si bien el incumplimiento de las mismas no acarrea ningún tipo de sanción”; CARBALLO FIDALGO, M., “La Directiva de Servicios y la Política Comunitaria de Consumo, Instrumentos al Servicio de un mismo fin”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Pág. 203. “En particular, llama la atención el escaso cuidado, cuantitativo y cualitativo, prestado a la regulación de los derechos de los destinatarios de los servicios. Concebidos como sujetos beneficiarios de un mercado libre que les proporciona más posibilidades de elección y unos precios más bajos, se descuida su papel como auténticos agentes en la construcción de tal mercado, cuya opción por adquirir de productores y prestadores extranjeros ha de fomentarse fortaleciendo su confianza y afianzando sus derechos y garantías, compensando al unísono todas cuantas se escapan por la puerta de la desregulación de las actividades concernidas”.

¹¹⁵³ Si es que la actividad se encuentra regulada, porque como ya tuve ocasión de señalar más arriba, existen algunas comunidades autónomas que ni siquiera han regulado esta actividad.

¹¹⁵⁴ LOZANO CUTANDA, “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, cit., pág. 14, “Los instrumentos voluntarios y el compromiso que asume el operador al realizar la comunicación previa o la declaración responsable, no parece que puedan resultar suficientes para garantizar de forma efectiva los derechos de los consumidores y usuarios y la calidad de los servicios teniendo en cuenta que no vivimos en una cultura anglosajona, que repudia absolutamente la mentira y que la ley no contempla un incremento o refuerzo de los mecanismos de inspección y control para cometer con eficacia el presunto control a posteriori de las actividades”.

Por consiguiente, se puede afirmar que la incorporación del bloque normativo de la liberalización al sector turístico, lejos de beneficiar a los consumidores y usuarios, tal y como pretendía la propia Directiva Servicios¹¹⁵⁵, puede hacer más vulnerables sus derechos, sino se toman las medidas adecuadas.

5.1.4.- Protección de los consumidores y usuarios como razón imperiosa de interés general.

Pero, de acuerdo con lo anterior, ¿Es imputable sólo a la norma comunitaria dicho descenso en los derechos de los consumidores y usuarios turísticos? En mi opinión, claramente no, tal y como trataré de explicar seguidamente.

Y es que, según la propia Directiva Servicios, la protección de los consumidores y usuarios es considerada una razón imperiosa de interés general¹¹⁵⁶ capaz de justificar un régimen de control previo¹¹⁵⁷. Lo mismo ha señalado el legislador estatal al transponer la Directiva al Derecho interno¹¹⁵⁸.

Pero, sin embargo, el legislador sectorial autonómico ha preferido no considerar esta materia como razón imperiosa de interés general (salvo en el caso de Aragón), pese a que en las leyes turísticas autonómicas es común señalar la protección de los consumidores y usuarios como objetivo a alcanzar por las diferentes políticas turísticas.

¹¹⁵⁵ Considerando segundo de la Directiva Servicios: “Ello debilita la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea. Un mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información, proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos”.

¹¹⁵⁶ Como ya se ha manifestado reiteradamente, la razón imperiosa de interés general es sólo uno de los tres requisitos que se han de dar para justificar un régimen de control previo. Por tanto, deberá cumplirse, igualmente, el principio de proporcionalidad y el de no discriminación.

¹¹⁵⁷ Artículo 4.8 de la Directiva Servicios.

¹¹⁵⁸ Artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Por ello, con carácter general, se han eliminado los controles previos pese a existir una razón adecuada y suficiente que justificaba un régimen de autorización previa.

Por todo lo anterior, se puede concluir que las principales culpables de la posible vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios serán las comunidades autónomas que, en un enfoque excesivamente ambicioso de la transposición de la Directiva, han desconocido que los derechos de los turistas pueden ser considerados razón imperiosa de interés general y sustentar el mantenimiento de los controles administrativos previos.

5.2.- Impacto del bloque normativo liberalizador sobre las empresas y profesionales del sector.

A la hora de analizar la incidencia de las normas liberalizadoras en el sector turístico, debemos tener en cuenta que el impacto será diferente en aquellas empresas y profesionales que ya venían prestando servicios, de aquellos que todavía no habían iniciado la actividad.

En relación a aquellas empresas o profesionales que venían prestando servicios turísticos, la liberalización del sector no habrá sido acogida con demasiado entusiasmo, pues implicará una importante reducción (o incluso eliminación) de los costes de acceso a la actividad para los nuevos promotores, una mayor competitividad y, en principio, una bajada de los precios. Es decir, que aquellas empresas y profesionales que accedan al mercado turístico de que se trate después de la liberalización, no habrán soportado los mismos costes de acceso que los que ya estaban prestando esos servicios. Y sin embargo, acceden al mismo mercado, en unas condiciones más favorables, por lo que aumentará la competitividad y podrán soportar, más fácilmente, precios más bajos.

De hecho, como ya se señaló más arriba, las principales asociaciones de empresarios de agencias de viaje de nuestro país, presentaron alegaciones en contradel proyecto de Ley de acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, indicando expresamente que la liberalización en el sector turístico “no va a suponer como se pretende una oportunidad para mejorar el nivel de calidad de los servicios, por lo menos en lo que hace referencia a los servicios turísticos, debido a la ausencia de mecanismos de control efectivos poco definidos en el redactado del anteproyecto [...] Asimismo la liberalización que se pretende con esta normativa pone, a juicio de los firmantes, en "grave riesgo" la protección de los derechos de los consumidores, por el cual se considera imprescindible se preserve un régimen de autorización en lo que respecta al sector de las agencias de viajes que otorgue a los consumidores "seguridad" en relación a los prestadores de servicios turísticos con los que contraten.”¹¹⁵⁹. En el fondo de esta crítica, pese a que la considero absolutamente fundada y razonable, subyace, sin lugar a dudas, la inquietud de los empresarios ante la nueva situación¹¹⁶⁰.

Por otro lado, estarán aquellas empresas y profesionales que acceden al mercado de servicios turísticos una vez en vigor el bloque normativo de la liberalización. Como es lógico, estas se mostrarán más conformes con la nueva normativa que las anteriores, pues se les facilita, en gran medida, el acceso a la prestación de servicios turísticos, rebajando o eliminando incluso, los costes de acceso, con lo que se sitúan en una buena posición en el mercado de que se trate.

5.3.- Incidencia de la Directiva Servicios y sus normas de transposición en las Administraciones públicas competentes en el sector turístico.

¹¹⁵⁹ www.europapress.es, noticia de 02/02/2009.

¹¹⁶⁰ En este sentido, GONZALEZ CABRERA, I., *La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viaje*, cit. pág. 8, se hace eco de “una de las quejas presentadas por las asociaciones y federaciones de agencias de viajes españolas que, ante la desaparición de la obligación de obtener el título-licencia para esta concreta actividad, afirman que se perjudica la calidad del servicio que se ofrece al consumidor, toda vez que tales servicios podrán prestarse por personas completamente ajenas al ámbito turístico y sin que se les requiera ningún tipo de cualificación ni especialización para procurar este tipo de prestaciones. ¿Están en lo cierto los representantes de las agencias de viaje cuando denuncia que con la reforma operada por la Directiva 2006/123 se ofrecerá al consumidor un servicio de inferior calidad y no necesariamente a mejor precio?”

De los agentes que intervienen en el mercado de servicios turísticos, quizás sean las Administraciones públicas competentes las más afectadas, pues habrán visto cómo han cambiado todos los instrumentos y mecanismos de intervención en el sector.

Antes del bloque normativo de la liberalización, los interesados en iniciar una actividad de servicios debían presentar ante la Administración pública correspondiente una solicitud de autorización que, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, daba lugar a una resolución estimatoria o desestimatoria de la autorización. Solo si la resolución de autorización era estimatoria, el interesado podía comenzar a ejercer la actividad turística. Ello suponía que la Administración pública llevaba a cabo un control preventivo sobre todos y cada uno de los profesionales y empresas que prestaban sus servicios en el sector. Este procedimiento, tal y como estaba configurado, ocasionaba importantes retrasos y grandes costes a los empresarios y profesionales que sólo podían comenzar a amortizar la inversión realizada, una vez se hubiera dictado el acto administrativo autorizando la actividad.

Sin embargo, después de la aprobación de la Directiva Servicios y sus correspondientes normas de transposición en el sector turístico, las Administraciones públicas, salvo casos muy excepcionales, no llevan a cabo controles previos sino posteriores, lo que beneficia en gran medida a los nuevos promotores de estas actividades que no tendrán que esperar un acto expreso o presunto de la Administración competente para comenzar a ejercer o prestar los servicios turísticos de que se trate, bastará con la presentación de la comunicación previa o declaración responsable. Esto permitirá amortizar las inversiones realizadas mucho antes y, por tanto, menos costes.

Pero, ¿Y desde el punto de vista de la Administración Pública? ¿Implica, también, una disminución de costes estos nuevos sistemas de intervención administrativa? Pues en mi opinión, no. Más bien, todo lo contrario. Y es que, se tendrán que reforzar los medios personales y materiales para poder llevar a cabo los

controles posteriores de forma eficaz, lo que implicará, al menos inicialmente, mayor gasto público¹¹⁶¹. Por otro lado, además, será necesario invertir en Administración Electrónica si se pretende implantar completamente la Directiva Servicios, con todos los sistemas de interoperabilidad y la Ventanilla Única¹¹⁶². Ya intenté explicar más arriba como la Directiva Servicios quiere sustituir los controles previos por mecanismos de control posterior pero, con un refuerzo especial de los medios informáticos. Es decir, que las Administraciones Públicas deberán incrementar, o al menos mantener, las inversiones en Administración Electrónica. Algo que parece, en estos tiempos de austeridad presupuestaria, muy improbable.

¹¹⁶¹ NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, cit., pág. 141, “[...] lo cierto es que en las evaluaciones económicas existen ciertos costes que no son evaluados a fin de realizar una estimación más ponderada de los efectos finales de esta normativa. Son fundamentalmente ingresos públicos y costes para la Administración del proceso, lo cual resulta especialmente sorprendente tratándose de un proceso que obedece a una iniciativa de los gobiernos...”; Igualmente, RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, cit. pág. 365, señala que “Una simplificación administrativa que se dirija hacia una mayor transparencia y procedimientos estándar entre países resultará inicialmente más costosa...”.

¹¹⁶² SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, cit., pág. 163-164, “Parece que el texto no se aprueba en el mejor momento económico. La implementación de un mercado libre en servicios en el ámbito de la UE requiere de un esfuerzo legislativo en países como Francia, Alemania, España o Italia. Pero esas reformas también suponen un sacrificio económico importante, en especial por las implicaciones que tiene la exigencia de tramitación *on line* y ventanilla única para los procedimientos que sean necesarios abrir por parte de los prestadores de servicios

CAPÍTULO SÉPTIMO

POSIBLES SOLUCIONES AL IMPACTO NEGATIVO DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR TURÍSTICO.

1.- Introducción

Con este trabajo no solo se ha pretendido poner de manifiesto los posibles daños que una inadecuada transposición de la Directiva Servicios puede acarrear en el sector turístico, sino que he querido ir más allá, adelantándome a las hipotéticas soluciones que, desde el Derecho Administrativo, podrían plantearse para, de alguna manera, paliar las consecuencias negativas.

2.- Protección del medio ambiente a través del mecanismo de la Evaluación de Impacto Ambiental.

2.1- Carácter preventivo de los controles ambientales

Tal y como he dejado apuntado más arriba, para evitar el impacto negativo que la liberalización del sector turístico puede ocasionar en el medio ambiente, se puede utilizar este mecanismo que, en cualquier caso, va a tener carácter preventivo.

Ese carácter preventivo, que es un principio esencial del Derecho de la protección del medio ambiente, ha quedado salvaguardado mediante la Ley 6/2010, de 24 de marzo¹¹⁶³, de modificación del texto refundido de la Ley de Evaluación de

¹¹⁶³ FERNANDEZ TORRES, J.R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, cit., pág. 98. “No obstante, no deben pasarse por alto

Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, que ha incluido un artículo 18.bis titulado “proyectos sometidos a comunicación o declaración responsable” del siguiente tenor:

“Cuando, de acuerdo con la ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite, así como de la publicación en el diario o boletín oficial correspondiente de la pertinente resolución.

Carecerá de validez y eficacia a todos los efectos la declaración responsable o la comunicación relativa a un proyecto que no se ajuste a lo determinado en la declaración de impacto ambiental o en la resolución de no sometimiento a evaluación de impacto ambiental.”

Es decir, con muy buen criterio en mi opinión¹¹⁶⁴, se mantiene el carácter preventivo de los controles ambientales efectuados sobre las actividades sometidas a

importantes reglas especiales, tales como la recogida en el artículo 18.bis del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, de evaluación de impacto ambiental, añadido por el artículo único. diez de la Ley 6/2010, de 24 de marzo: de ser preceptivas la declaración responsable o la comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y su evaluación de impacto ambiental, su presentación sólo es posible una vez llevada a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, debe disponerse de la documentación acreditativa y de la publicación oficial de la pertinente resolución, so pena de carecer de «validez y eficacia a todos los efectos» aquella declaración responsable o comunicación previa que no se acomode a la declaración de impacto ambiental, o bien a la resolución de no sometimiento a evaluación de impacto ambiental”.

¹¹⁶⁴ MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, no se muestra conforme con esta solución pues, en su opinión, uno de los problemas más graves “es el vinculado con la superposición de trabas, muchas de ellas impuestas por el propio Derecho comunitario, de forma que la comunicación previa o la declaración responsable no eximen del deber de obtención o presentación de otras técnicas de control, ni del cumplimiento de cuantos requisitos se prevean en la normativa estatal, autonómica o local. Tales dificultades ya se detectaron en el Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado. Y es que, en efecto, algunas de las actividades afectadas por la Directiva de Servicios se encuentran sometidas, por imposición del Derecho comunitario y de la legislación sectorial, a evaluación de impacto ambiental o de riesgos con carácter previo a la autorización sustantiva de la actividad. Ocurre que, en algunos de estos casos, la normativa de transposición sustituye las autorizaciones que hasta ahora han venido exigiéndose por simples comunicaciones o declaraciones responsables, eliminando el procedimiento sustantivo de

evaluación de impacto ambiental. Y todo ello, independientemente de que haya sido eliminado el control previo que tiene que realizar el órgano sustantivo sobre la actividad de que se trate (en el caso que nos ocupa, la Administración turística correspondiente), el procedimiento de evaluación de impacto ambiental será realizado con carácter previo. Algo lógico si tenemos en cuenta que la protección del medio ambiente es una razón imperiosa de interés general expresamente reconocida en el bloque normativo de la liberalización¹¹⁶⁵.

Por todo ello, ante la sistemática eliminación de controles previos y su sustitución por mecanismos basados en un control posterior, la evaluación de impacto ambiental puede convertirse en un elemento esencial para salvaguardar los recursos turísticos naturales¹¹⁶⁶. Pues, tal y como hemos indicado, se le ha reconocido su carácter preventivo lo que necesariamente implica, como es lógico, un control previo de las actividades turísticas.

2.2.- La necesaria ampliación de actividades turísticas sometidas a este instrumento de protección.

Pero el principal problema radica en que la mayoría de las actividades turísticas no están incluidas, ni en el Anexo I ni en el Anexo II del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero.

autorización en cuyo seno se verifica el cumplimiento de los referidos trámites de evaluación, sin prever cómo y en qué momento habrán de verificarse dichos trámites. En definitiva, resulta complicado cohonestar el cumplimiento de ciertas exigencias del Derecho comunitario con los nuevos sistemas de declaración y comunicación”

¹¹⁶⁵ En el Anteproyecto de Ley de Evaluación Ambiental, se mantiene la necesidad de realizar el Estudio Ambiental correspondiente con carácter previo a la presentación de la comunicación previa y declaración responsable. Se puede consultar el Anteproyecto en la página web del Ministerio de Agricultura Alimentación y Medio Ambiente, <http://www.magrama.gob.es>.

¹¹⁶⁶ Así lo han puesto de manifiesto, aunque relacionándolo con la capacidad de carga, FERREIRA FERNANDEZ, A.X., y NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Aspectos jurídicos de un desarrollo turísticos sostenible”, cit., pág. 281, “Precisamente su virtualidad en el campo turístico vendría determinada por la posibilidad de que la fijación de la capacidad de acogida de los destinos turísticos se realizase a través de un estudio de impacto ambiental”

En el Anexo I, que recoge aquellas actividades que necesariamente han de ser sometidas a evaluación de impacto ambiental¹¹⁶⁷, podemos encontrar, en el Grupo 9 (otros proyectos), alguna actividad turística, pero siempre y cuando se desarrollen en zonas especialmente sensibles¹¹⁶⁸. Estas actividades son las siguientes:

- Proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos.
- Pistas de esquí, remontes y teleféricos y construcciones asociadas.
- Parques temáticos.

Por su parte, en el Anexo II, referido a aquellas actividades que solo deberán ser sometidas a evaluación de impacto cuando lo determine expresamente el órgano ambiental¹¹⁶⁹, encontramos, igualmente, alguna actividad turística como (Grupo 9, otros proyectos):

- Pistas de esquí, remontes y teleféricos y construcciones asociadas (proyectos no incluidos en el anexo I).

¹¹⁶⁷ Según el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, Los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley.

¹¹⁶⁸ Para lo que a su vez remite a las Directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979 y 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, o en humedales incluidos en la lista del Convenio de Ramsar.

¹¹⁶⁹ El artículo 3.2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, determina que: “Sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso, los siguientes proyectos: a) Los proyectos públicos o privados consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II”.

- Campamentos permanentes para tiendas de campaña o caravanas.
- Parques temáticos (proyectos no incluidos en el anexo I)

En definitiva, a la vista de la eliminación sistemática de los controles previos sustantivos, debería incrementarse, según entiendo, el número de actividades turísticas requeridas, obligatoriamente, de evaluación de impacto ambiental. Sobre todo en aquellos subsectores turísticos en los que se hace un uso del medio ambiente especialmente intenso como, por ejemplo: turismo activo, turismo rural, ecoturismo, etcétera.

Y para ello no sería necesario esperar a una modificación de la norma estatal sobre evaluación de impacto¹¹⁷⁰. Pues las propias comunidades autónomas podrían incluir en sus normas específicas sobre evaluación de impacto ambiental la lista de actividades turísticas que han de someterse, con carácter previo y necesario, a este procedimiento específico. Y todo ello, en virtud de la competencia otorgada por el artículo 149.1.23 de la Constitución, que se refiere a la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan asumir competencias para dictar “normas adicionales de protección” en materia medioambiental, sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación básica¹¹⁷¹.

¹¹⁷⁰ Como ya he venido refiriendo más arriba, existe un Anteproyecto de Evaluación Ambiental que, según la versión consultada en la página web del Ministerio de Agricultura. Alimentación y Medio Ambiente, <http://www.magrama.gob.es>, no va a ampliar el ámbito de aplicación de este instrumento a más subsectores turísticos.

¹¹⁷¹ El artículo 149.1.23 de la Constitución Española establece que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar la “Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”

3.- Sobre la necesidad de llevar a cabo una Evaluación de la Sostenibilidad de los Proyectos Turísticos. Especial referencia al caso de Eurovegas

A lo largo de este trabajo he venido hablando de la necesidad de garantizar un desarrollo turístico sostenible. Dicho concepto, tal y como se ha manifestado, implica un turismo que respete el medio ambiente, que sea justo desde un punto de vista social, viable económicamente y que promueva la cultura.

Se plantea, por consiguiente, como posible solución a los efectos negativos de determinados proyectos turísticos, no circunscribir el análisis de impacto al medio ambiente, sino extenderlo al resto de ámbitos que determinan la sostenibilidad del desarrollo turístico, es decir, la viabilidad económica y el impacto social y cultural. En definitiva, realizar una Evaluación de la Sostenibilidad de los Proyectos Turísticos

Teniendo en cuenta lo anterior, y como ejemplo paradigmático, voy a realizar lo que podría ser considerado una Evaluación de la Sostenibilidad de un proyecto concreto: *Eurovegas* en el municipio de Alcorcón (Comunidad de Madrid); Así se podrá determinar si cumple los criterios para ser considerado un proyecto sostenible.

Desde un punto de vista ambiental, parece que no está enclavado en un terreno especialmente protegido, por lo que no generaría, en principio, ningún problema ambiental. Pese a todo, es necesario tener en cuenta que el proyecto, que prevé la construcción de los edificios más altos de España¹¹⁷², se situará a escasos kilómetros del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama.

¹¹⁷²<http://www.abc.es>, Madrid, noticia del 8 de febrero de 2013, “Las Vegas Sands, que se levantará definitivamente en el municipio de Alcorcón, quiere inaugurar la primera fase del complejo a finales de 2017. El proyecto prevé construir los rascacielos mas altos de España. El hotel principal, cuya primera imagen pública en exclusiva ABC, tendrá 72 plantas y será el techo de Madrid. Superará, en al menos 50 metros, a la torre de Caja Madrid y a la torre Cristal del Paseo de la Castellana . Ambos edificios tienen 250 metros de altura”. <http://ccaa.elpais.com>, noticia del 8 de febrero de 2013, “Para atraer el proyecto, frente a las pretensiones de Cataluña, que perdió el pulso con Madrid el pasado septiembre, la Comunidad de Madrid ha diseñado lo que la oposición considera "un traje a medida fiscal". El presidente regional,

Socialmente, por otra parte, hay que tener en cuenta el impacto que esta zona de ocio va a tener en los municipios colindantes. Bien es cierto que se van a generar gran número de puestos de trabajo, aunque parece que existe alguna duda sobre la calidad de los mismos. Por otro lado, se debe mencionar que, en mi opinión, se trata de un proyecto que va en contra de uno de los principios rectores de la política social y económica. En concreto, el recogido en el artículo 43.3 de la Constitución que establece que “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”. Bines es cierto que se trata de un artículo que no se puede esgrimir directamente ante los Tribunales, pero eso no significa que la Administración madrileña pueda vulnerarlo porque, como a su vez establece el artículo 9.1 de la Norma Fundamental, los Poderes públicos están sometidos a la Constitución. A toda la Constitución. Cuestión diferente será considerar si la creación de una zona de juego, con casinos, máquinas tragaperras, bares y discotecas, etcétera, puede ser considerada o no adecuada utilización del ocio. En mi opinión, no.

Desde un enfoque económico, parece que existen pocas dudas sobre la viabilidad del proyecto. En efecto, la inversión que llevara a cabo el Grupo Andelson será muy beneficiosa para la región, pero ¿Y si finalmente no fuera así?, ¿Y si el proyecto fracasa una vez construidos los edificios, o a medio construir?. No lejos de estos terrenos donde se va a construir *Eurovegas* se pueden encontrar las ruinas de lo que, en principio, iba a resultar un proyecto igualmente muy rentable. Me refiero al Centro de Investigación y Tratamiento Oncológico que se iba a construir en Villaviciosa de Odón y que finalmente se ha abandonado por falta de inversión (muy cerca, por

Ignacio González, de hecho ha recalcado que su Gobierno ya ha cumplido con los requerimientos de Las Vegas Sands para atraer el negocio a Madrid. La Ley de Acompañamiento, aprobada el pasado diciembre, contempla una batería de rebajas y exenciones fiscales —por ejemplo, bajar el tributo del juego del 40 al 10%, al nivel del establecido en Las Vegas— y de otro tipo, como que no haya límite de alturas a los rascacielos del complejo. “Desde el punto de vista fiscal está casi todo resuelto a falta de algunos cambios por parte del Estado. Los menores no podrán jugar, está prohibido. Los casinos representan una parte muy pequeña de este proyecto”, ha resaltado González. Según la Comunidad, representará el 17% del volumen del negocio”.

cierto, también, del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama), ocasionando importantes daños ecológicos y urbanísticos¹¹⁷³.

Por último, desde una perspectiva cultural, no parece que este proyecto sea el más adecuado para realizar en Madrid. Una región que, además, tradicionalmente ha apostado por el fomento del turismo cultural.

En definitiva, desde mi punto de vista, no parece que este proyecto pueda ser encuadrado dentro de lo que podemos denominar desarrollo sostenible del turismo. Y no desde una perspectiva ambiental (que también, como he mencionado puede ponerse en duda, sobre todo por el impacto paisajístico que puede ocasionar) sino, sobre todo, desde una perspectiva social, cultural y económica.

¹¹⁷³ <http://elpais.com/diario>, noticia del 7 de mayo de 2004, “Las obras del hospital oncológico de Villaviciosa de Odón fueron inauguradas hace cinco años, pero hace más de dos que están paralizadas. El complejo, que incluía hoteles y un centro de ocio, debería haberse inaugurado en 2001, lo que impidieron los retrasos y la paralización de las obras a finales de ese año por problemas de financiación de la empresa gestora, Centro de Investigación y Tratamiento Oncológico (CITO). El Ayuntamiento, gobernado por el PP, que facilitó el terreno a la empresa y puede recuperarlo si el proyecto no se realiza, sigue apostando por el hospital, según un portavoz. Lo que iba a ser el hospital oncológico privado más importante de Europa, a las afueras de Villaviciosa de Odón, no es hoy más que una obra abandonada. Cinco años después de que el entonces ministro de Sanidad, Manuel Romay Beccaría, avalara el proyecto y colocase la primera piedra, no hay ni rastro de quirófanos, ni de salas de urgencias, ni siquiera de los hoteles y del centro de ocio que CITO tenía previsto edificar en torno al hospital. Todo esto debería haber sido inaugurado en 2001, según el plan inicial, fecha que después se fue retrasando sucesivamente, ya con la obra paralizada. El motivo fue la falta de dinero, a pesar de que al principio contara con el apoyo de las administraciones y se anunciara como un centro de máximo nivel que colocaría a la Comunidad de Madrid en la élite mundial de la lucha contra el cáncer. Todo comenzó después de que un estudio de mercado en Villaviciosa determinara que la construcción de un hospital oncológico en el municipio suponía un proyecto muy rentable. En este estudio participó Javier Santos, actual presidente de CITO. El proyecto, financiado exclusivamente por iniciativa privada, suponía una inversión global de más de 60 millones de euros: casi 48 millones destinados a la construcción del hospital y los 12 millones de euros restantes para la edificación del complejo hotelero, que tendría más de 250 habitaciones. Cantidades que necesitaban un fuerte respaldo económico previo...”

<http://www.elmundo.es>, noticia del 15 de noviembre de 2001, “El Centro de Investigación y Tratamiento Oncológico (CITO) ha anunciado la puesta en marcha, en el último trimestre de 2002, de un hospital especializado en oncología que estará situado en el término municipal de Villaviciosa de Odón. En la actualidad han concluido ya el 50% de las obras de construcción del edificio de 40.000 metros cuadrados que albergará el Hospital CITO, sobre una parcela de 50.000 metros cuadrados. El proyecto prevé, tras la inauguración del hospital oncológico, la construcción, en fases sucesivas, de un hotel y de instalaciones complementarias sobre una parcela de 74.000 metros cuadrados. Según sus promotores, el nuevo hospital oncológico CITO será uno de los centros hospitalarios más modernos del mundo especializado en la prevención, tratamiento e investigación del cáncer y contará con los medios técnicos más avanzados para el tratamiento de la enfermedad. El objetivo del Centro de Investigación y Tratamiento Oncológico es convertir el hospital en un centro de referencia tanto nacional como internacional en la lucha contra el cáncer, destinado fundamentalmente a pacientes del sur de Europa, norte de África y Próximo Oriente.”

Es por ello por lo que habría de promoverse, ante la eliminación de los controles administrativos previos, una evaluación de los proyectos turísticos con una visión más amplia que la estrictamente ambiental. Que incluyese los aspectos sociales, económicos y culturales. O, expresándolo de otra forma, una Evaluación de la Sostenibilidad de los Proyectos Turísticos. Así se podrían evitar alguna de las nefastas consecuencias que, en mi opinión, tendrá la liberalización del sector. Sobre todo si se promueven proyectos como el que se acaba de analizar.

4.- Limitación de la oferta y la demanda turística a través de la ordenación territorial de limitación.

4.1.- Ordenación territorial y turismo

Uno de los principales instrumentos jurídicos tradicionales¹¹⁷⁴ para llevar a cabo la ordenación turística ha sido la planificación territorial¹¹⁷⁵. Es decir, a través de los diferentes instrumentos de ordenación territorial, se podía llevar a cabo la ordenación sectorial turística.

¹¹⁷⁴ Desde la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional, Ley 197/1963, primera Ley eminentemente turística a la que ya me he referido en otra parte de este trabajo de manera más detallada, se lleva a cabo una visión territorial del sector turístico, aunque, según la mayoría de la doctrina, sin demasiada fortuna. En este sentido se manifestó, por ejemplo, ENTRENA CUESTA, R., “Dictamen acerca de la aplicabilidad de los artículos 32 y 42 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 en la tramitación de los Planes de Ordenación Urbana de Centros de Interés Turístico Nacional”, cit., donde se criticaba la preponderancia de la visión turística del territorio. No obstante, podemos encontrar autores que, al contrario, alaban esta norma. Así, en este último sentido BARRADO TIMÓN, D.A., y GALIANA MARTÍN, L., “Ideas y modelos de planificación territorial en los orígenes del turismo de masas español. La Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional frente a la Ley del Suelo”, cit., pág. 8, donde indica que “La tesis que mantenemos es que detrás de la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional existió una reflexión teórica de gran calidad dirigida a construir un verdadero modelo de ordenación territorial desde la perspectiva sectorial turística, que incorporaba la preocupación por las variables territoriales del turismo y que en ningún caso tenía como objetivo favorecer la especulación”.

¹¹⁷⁵ SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación territorial y urbanismo de las zonas turísticas, Instituto Andaluz de Administración Pública”, Sevilla, 2005, pág. 86. “En el ámbito de la legislación turística autonómica se viene observando una tendencia creciente a la utilización de la planificación como instrumento a través del que desarrollar buena parte de las políticas públicas sobre el sector”.

Pero esa ordenación territorial turística, para ser realmente efectiva y fomentar un turismo sostenible, debe estar totalmente integrada en la planificación territorial. Es decir, que los instrumentos de ordenación territorial han de adoptar una visión global¹¹⁷⁶ de todo el territorio, sin que una visión excesivamente decantada por el turismo, desequilibre el sistema¹¹⁷⁷. Siguiendo al profesor Omar BOUAZZA ARIÑO, “no puede contemplarse el turismo como un sector independiente del resto, sino que debe integrarse en el marco global de las políticas de un Estado, una región y un municipio”¹¹⁷⁸.

Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en algunas comunidades autónomas¹¹⁷⁹, es decir, que no han encajado los diferentes instrumentos de ordenación turística con los de ordenación territorial, desencadenando problemas que pueden ocasionar la vuelta a un desarrollismo turístico. Algo que se puede ver agravado con la liberalización del sector turístico que vengo analizando en todas estas páginas, pues se están restringiendo los instrumentos de intervención administrativa en el sector para evitar un crecimiento excesivo de la oferta turística que ponga el riesgo el necesario equilibrio entre desarrollo turístico y protección del medio ambiente.

De ahí que, en mi opinión, con la aprobación del bloque normativo de la liberalización, que limita en gran medida los instrumentos de intervención administrativa en el sector, la ordenación turística, adecuadamente integrada en la territorial para alcanzar una visión de conjunto, se alce como un mecanismo esencial a través del cual las Administraciones públicas pueden alcanzar el objetivo de calidad y

¹¹⁷⁶ BOUAZZA ARIÑO, O., *La planificación Territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico*, cit., pág. 57. “El uso turístico del suelo no puede considerarse de una manera individual y deparada de su uso global”

¹¹⁷⁷ En este sentido se ha pronunciado el profesor BOUAZZA ARIÑO, O., *Planificación turística autonómica*, cit., pág. 28. “Ordenación territorial necesariamente unido a ordenación turística. Tomar en consideración la política territorial desde un punto de vista de conjunto, para abordar la problemática del suelo teniendo en cuenta y coordinando los diferentes sectores que inciden en él con el fin de evitar quebrantamientos a favor de intereses sectoriales”.

¹¹⁷⁸ BOUAZZA ARIÑO, O., *Planificación turística autonómica*, cit., pág. 112.

¹¹⁷⁹ Se debe tener en cuenta que, según el artículo 148.1.3, las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de ordenación territorial, urbanismo y vivienda, algo que todas y cada una de ellas han llevado a cabo a través de sus correspondientes estatutos de autonomía.

sostenibilidad en el desarrollo turístico¹¹⁸⁰. Pero para ello será necesario realizar una adecuada planificación del sector¹¹⁸¹.

4.2.- Del concepto de capacidad de carga y del bloque normativo de la liberalización

Como he señalado más arriba, uno de los conceptos esenciales del desarrollo turístico sostenible es el de capacidad de carga¹¹⁸² que implica, como es sabido, un límite al crecimiento turístico en una zona determinada por encima del cual se hace insostenible y, por lo tanto, desciende la calidad¹¹⁸³.

Limitar el crecimiento turístico en un determinado territorio supone, necesariamente, limitar el crecimiento de la oferta y de la demanda. Es decir, **este concepto de capacidad de carga, íntimamente relacionado con el de calidad y desarrollo turístico sostenible, parece entrar en plena contradicción con el espíritu del bloque normativo de la liberalización que, como hemos venido estudiando a lo**

¹¹⁸⁰ Y es que, tal y como manifiesta el profesor Fernando GARCÍA RUBIO en “La implantación de la directiva europea de servicios y sus consecuencias sobre las licencias, en especial la de establecimiento y funcionamiento de actividades turística”, Actualidad Administrativa, nº 7, abril 2010, pág. 791, “Para posibilitar la implantación de actividades turísticas, el planificador territorial con carácter previo y posteriormente el urbanístico, deben prever los usos turísticos y sus formulaciones, situación ésta que en principio no se ve alterada por el nuevo sistema tras la Ley 17/2009 estatal”.

¹¹⁸¹ Según SOLA TEYSSIERE, J., “Ordenación territorial y urbanismo de las zonas turísticas”, cit., pág. 131, para llevar a cabo una adecuada planificación territorial de los espacios turísticos hay que respetar tres principios básicos:

- 1.- Principio de sostenibilidad
- 2.- Desarrollo de un turismo de calidad
- 3.- Desarrollo o progreso social y económico

¹¹⁸² Véase FULLANA, P., y AYUSO, S., “Turismo sostenible”, cit., pág. 31, donde se cita el denominado Modelo de BUTLER que establece que los destinos tienen un límite en el volumen e intensidad del desarrollo turístico por encima del cual se vuelve insostenible y decae, afectando de manera muy negativa a la calidad turística.

¹¹⁸³ La existencia de zonas con problemas de saturación ya fue puesta de manifiesto por algunos autores, aunque de forma muy matizada, en plena época del desarrollismo turístico. Así PIDAL RODRIGÁLVIZ, L., “Aspectos jurídico y social del turismo español”, cit., pág. 108, “Nuestras playas, particularmente las de levante y del sur parecen haber llegado a un punto de saturación”.

largo de este trabajo, implica eliminar todas las barreras administrativas innecesarias a los profesionales y empresas que pretendan prestar sus servicios y establecerse en el territorio de la Unión Europea.

En esta línea, el artículo 14 de la Directiva Servicios señala que los Estados miembros no podrán utilizar como requisito de acceso a una actividad de servicios, la denominada prueba económica¹¹⁸⁴. Es decir, que los Estados miembros no podrán limitar el acceso a una actividad de servicios alegando que ya existe una oferta excesiva o que la creación de otros establecimientos turísticos va a ocasionar un aumento importante de la demanda.

Por su parte, el artículo 15 de la Directiva se refiere a aquellos requisitos que, antes de su utilización por los Estados miembros para limitar el acceso a la prestación de servicios y su establecimiento, han de ser evaluados para comprobar su adecuación a la norma comunitaria. Así, nos encontramos con la necesidad de someter a juicio de liberalización el requisito relativo a la posibilidad de establecer límites cuantitativos o territoriales, y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores (artículo 14.2.a).

Según entiendo, ambos supuestos quedan dentro de los mecanismos que las Administraciones públicas pueden utilizar para garantizar una adecuada capacidad de carga. Por lo que, en principio, el primero no podría utilizarse bajo ninguna circunstancia; y, el segundo, debería comprobarse previamente su adecuación a la Directiva.

¹¹⁸⁴ Aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general;

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que el fin último del contenido del concepto de capacidad de carga es la protección del medio ambiente, garantizar unos niveles mínimos de calidad y asegurar un desarrollo turístico sostenible. Objetivos últimos que son considerados razones imperiosas de interés general y que, por tanto justifican, no solo el mantenimiento de los controles administrativos previos, sino, incluso, la utilización del requisito de la prueba económica (véase artículo 14.5 *in fine*). El artículo 15, sin embargo, no justifica la utilización de los requisitos evaluables en la existencia de razones imperiosas de interés general, pero se puede interpretar de la misma manera utilizando la regla hermenéutica de *qui potest plus, potest minus*, (es decir, quien puede lo más, puede lo menos). O expresándolo de otra forma, si una razón imperiosa de interés general puede justificar la utilización de un requisito prohibido, con mayor motivo podría justificar la utilización de un requisito de los llamados evaluables.

4.3.- Capacidad de carga y ordenación territorial de limitación. La declaración de zonas turísticas saturadas.

De acuerdo con lo anterior, y partiendo de la base de que la limitación de la capacidad de carga es plenamente coherente con el espíritu liberalizador de la Directiva Servicios, se puede indicar que uno de los instrumentos administrativos más eficaces para alcanzar un desarrollo turístico sostenible (protección del medio ambiente y altos niveles de calidad) será la denominada por el profesor Omar BOUAZZA ARIÑO como “ordenación territorial de limitación”, es decir, “aquellos instrumentos jurídicos que de alguna u otra forma tienden a limitar el crecimiento urbanístico de un territorio turístico cuando el ejercicio de una actividad turística haya producido una situación de estrés ambiental”.¹¹⁸⁵

Por consiguiente, resulta plenamente legítimo, según el argumento hasta ahora esgrimido, que las Administraciones públicas limiten el crecimiento de la oferta y la demanda turística para el mantenimiento de una adecuada capacidad de carga, es decir,

¹¹⁸⁵ BOUAZZA ARIÑO, O., *Planificación turística Autonómica*, cit., pág. 110.

para el que desarrollo turístico sea sostenible, respetando el medio ambiente y con una alta calidad de los servicios ofertados¹¹⁸⁶.

Así lo han entendido varias comunidades autónomas que, pese a haber eliminado de forma sistemática los controles previos de acceso a las actividades de servicios turísticos, han mantenido la posibilidad de limitar el crecimiento del sector en determinados ámbitos territoriales.

Podemos mencionar, en este sentido, a Castilla y León, en cuya Ley 14/2010, de 9 de diciembre (modificada a estos efectos por la Ley 1/2012, de 28 de febrero) se señala, en el artículo 56, la posibilidad de declarar una determinada parte del territorio de la comunidad como “espacio turístico saturado”¹¹⁸⁷; Cantabria, Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Turismo, que establece en su artículo 37 las denominadas “zonas turísticas saturadas”, con la prohibición de instalar nuevas empresas turísticas de la actividad de que se trate¹¹⁸⁸; Madrid, por su parte, señala el artículo 40.b) de la Ley 1/1999, de 12 de

¹¹⁸⁶ TORRES BERNIER E., y NAVARRO JURADO, E., “La congestión urbanística como factor reductor de la calidad turística y de vida en los destinos maduros”, Estudios Turísticos, núm. 172-173, 2007, pág. 194, “La congestión urbana en espacios turísticos hace que disminuya la calidad de estos destinos turísticos bajo la perspectiva pública y supone también limitaciones para la creación y crecimiento de muchos productos privados, por falta de espacio para ello, o por carecer de las condiciones idóneas para su desarrollo. La congestión puede destruir el atractivo (paisaje, playas, tranquilidad), que los turistas han ido a consumir.

¹¹⁸⁷ La Junta de Castilla y León, a propuesta de las consejerías competentes en materia de turismo y de medio ambiente podrá, con carácter excepcional, declarar espacio turístico saturado la parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde existan problemas medioambientales relacionados con la actividad turística. En tales casos, y en los términos establecidos reglamentariamente, se podrá limitar el establecimiento y ejercicio de determinadas actividades turísticas, siempre que estas limitaciones sean necesarias y proporcionadas para resolver los problemas medioambientales, hasta que desaparezcan las circunstancias que motivaron la declaración, sin que en ningún caso puedan establecerse prohibiciones de carácter genérico.

¹¹⁸⁸ 1. El Gobierno de la Comunidad Autónoma, a propuesta de las Consejerías competentes en turismo y medio ambiente y previo informe de las Consejerías competentes en materia de ordenación del territorio y de los municipios afectados, podrá declarar zona turística saturada a áreas concretas y determinadas, localidades, términos municipales o comarcas donde por exceso de oferta, por patente desequilibrio entre oferta y demanda o por acondicionamientos ecológicos o medioambientales no se permita el incremento del turismo en alguna de sus actividades.

2. La declaración de zona saturada comportará la prohibición de instalar nuevas empresas turísticas de la actividad de que se trate, en tanto existan las causas que motivaron tal situación.

3. La declaración de zona turística saturada podrá ser total o parcial, afectando a toda la actividad turística o solamente a alguna de sus manifestaciones.

marzo, la posibilidad de declarar “áreas turísticas saturadas” y la prohibición de instalar nuevas empresas y establecimientos turísticos¹¹⁸⁹; Navarra, se refiere en el artículo 39 de la Ley 7/2003, de 14 de febrero, de Turismo, a la “especial protección de los recursos turísticos” mediante la declaración de “áreas saturadas o de especial densidad”¹¹⁹⁰; Baleares, en su Ley 8/2012, de 19 de julio, indica, en el artículo 77, lo que se consideran “zonas turísticas saturadas o maduras”¹¹⁹¹; Asturias, en el artículo 19 de su Ley 7/2001, de 22 de junio, refiriéndose a “zonas turísticas saturadas” para garantizar la calidad de los servicios en beneficio de los consumidores y usuarios, y la adecuada protección del medio ambiente, y que implicará la prohibición la prohibición o el establecimiento de

¹¹⁸⁹ Áreas turísticas saturadas, constituidas por aquellas zonas, localidades o comarcas en las que, por exceso de oferta o por razones de protección del medio ambiente, sea desaconsejable un aumento de su capacidad turística, tanto de alojamiento como de cualquier otro tipo. La declaración de área turística saturada comportará la prohibición de instalar en ella nuevas empresas o establecimientos turísticos.

¹¹⁹⁰ 1. Con la finalidad de proteger de forma específica la calidad y mantenimiento sostenible en el tiempo de los recursos turísticos, la Administración de la Comunidad Foral podrá declarar determinadas áreas como saturadas o de especial densidad, ordenando las actividades turísticas a realizar en dicha zona.

2. Dicha declaración, que se efectuará previo informe de los Municipios afectados, comportará la aprobación de un plan de ordenación de las actividades turísticas de la zona que, limitando el desarrollo de éstas, evite causar perjuicio a los recursos turísticos o el acceso a los mismos sin las debidas garantías de calidad.

¹¹⁹¹ 1. A los efectos de esta Ley se considera zona turística saturada o madura el ámbito territorial de la isla en el que se sobrepase el límite de oferta turística máxima que reglamentariamente se establezca, se registre una demanda causante de problemas medioambientales o que, por la obsolescencia de la mayor parte de las infraestructuras del sector turístico, se haya transformado en zona degradada o existan desequilibrios estructurales que impidan o dificulten un desarrollo competitivo y sostenible de la industria del sector turístico en la zona por la sobrecarga urbanística y ambiental, la sobreexplotación de recursos o la obsolescencia de sus equipamientos turísticos.

2. Cada consejo insular podrá declarar mediante acuerdo del Pleno las zonas turísticas saturadas o maduras.

3. El consejo insular correspondiente podrá aprobar planes de rehabilitación turística integral tendentes a la mejora, la recalificación, la revalorización, la rehabilitación o la reconversión de la zona, sin necesidad de que el planeamiento de los municipios en que se encuentren estas zonas esté adaptado al plan territorial insular correspondiente.

4. El procedimiento para la redacción, la tramitación y la aprobación de los planes de rehabilitación turística integral se determinará reglamentariamente y se iniciará de oficio o a instancia de los municipios interesados. Mientras no se haya aprobado el reglamento que los regule, se tramitarán como planes especiales.

5. La aprobación de los planes de rehabilitación turística integral podrá llevar aparejada la declaración de interés autonómico y turístico, y todas las administraciones deberán darles la tramitación preferente en los términos establecidos en esta Ley y en su normativa de desarrollo.

nuevas actividades turísticas¹¹⁹²; o Aragón, en cuyo artículo 19 señala la posibilidad de declarar zona turística saturada, “de modo excepcional y a propuesta de los Departamentos responsables de turismo, de ordenación del territorio y del medio ambiente previo dictamen del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón y de las entidades locales afectadas”, mediante Decreto¹¹⁹³.

Cabe realizar mención aparte en el caso de Canarias, puesto que mediante el artículo 24.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Turismo, ha sometido la construcción de nuevos establecimientos de alojamiento a autorización administrativa en función de la capacidad de carga de las islas. Es decir, ha considerado que la necesidad de mantener una adecuada capacidad de carga es una razón imperiosa de interés general que justifica el régimen de autorización previa, limitando, en su caso, la creación de nuevos establecimientos de alojamiento. No obstante, en mi opinión, hubiera sido más adecuado ampliar dicha previsión al resto de establecimientos turísticos, no solo los de alojamiento.

¹¹⁹² 1. Excepcionalmente, el Consejo de Gobierno, a propuesta de las Consejerías competentes en materia de turismo y de ordenación del territorio o del Concejo o Concejos afectados y previa audiencia de las Cámaras de Comercio de Asturias, podrá, mediante Decreto, declarar determinado territorio como zona turística saturada. Cuando la propuesta no proceda del Concejo o Concejos afectados, éstos habrán de ser en todo caso oídos.

2. La declaración de zona turística saturada podrá circunscribirse a un Concejo o a parte o partes del mismo o comprender más de un Concejo o partes de varios Concejos.

3. La declaración de zona turística saturada únicamente podrá acordarse cuando se superen los niveles máximos de oferta y/o demanda de servicios turísticos que el Consejo de Gobierno establezca reglamentariamente para garantizar la calidad de los servicios en beneficio de los consumidores y usuarios, y la adecuada protección del medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico y artístico de los núcleos turísticos.

4. La declaración de zona turística saturada implicará la prohibición de establecimiento o ejercicio de nuevas actividades turísticas de las definidas en el artículo 3 de la presente Ley por cualquiera de los sujetos referidos en el artículo 24 de la misma, y se mantendrá únicamente hasta que desaparezcan las circunstancias que hayan motivado la declaración.

¹¹⁹³ Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.. En este sentido, CASTEL GAYÁN, S., y LACASA VIDAL, J., “Introducción al Derecho turístico de Aragón: Evolución y situación actual”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010, pág. 375.

Para concluir, y reiterando la idea más arriba manifestada, entiendo que esta ordenación territorial de limitación, efectuada a través de la declaración de zona turística saturada, puede ser un mecanismo especialmente útil para las comunidades autónomas que han visto reducidas sus posibilidades de actuación previa mediante la aprobación del bloque normativo de la liberalización.

Y es que, el hecho de que el acceso a la prestación de un servicio turístico y su establecimiento no esté sometido a una autorización previa, hace muy complicado el control del crecimiento turístico en una zona determinada. Basta con la presentación de una comunicación/declaración para comenzar a ejercer la actividad turística de que se trate, sin que la Administración pueda realizar controles preventivos y, por consiguiente, evitar un excesivo crecimiento de la oferta y la demanda.

De ahí que sea especialmente adecuado este instrumento de intervención territorial para evitar un crecimiento desmesurado del turismo en una zona determinada, permitiendo a las Administraciones encauzar el desarrollo turístico para alcanzar el objetivo de la sostenibilidad.

Pero no se debe olvidar, en cualquier caso, la necesaria coordinación de estos instrumentos de intervención territorial sectorial con el resto de la planificación territorial global¹¹⁹⁴, si se quiere alcanzar un auténtico desarrollo turístico sostenible.

5.- Unificación de las autorizaciones administrativas y descentralización de competencias en las Administraciones locales.

¹¹⁹⁴ BARRADO TIMÓN, D. A., “Ordenación territorial y desarrollo turístico. Posibilidades modelos y esquemas de ordenación territorial del turismo en la España de las Autonomías”, cit., pág. 11, “La principal apuesta de los nuevos sistemas de implantación, desarrollo y recualificación de destinos debe apuntar a la conexión de las políticas territoriales y las turísticas”.

5.1.- Introducción

Aunque estamos ante dos propuestas diferentes, no cabe duda de que están íntimamente relacionadas, pues para fundir las diferentes autorizaciones y licencias en una sola se debe pasar, necesariamente en mi opinión, por designar a una única autoridad administrativa competente, siendo la local la más adecuada según entiendo y por las razones que seguidamente expondré.

Una de las razones que se esgrime por la Directiva Servicios para eliminar los regímenes de autorización previa está relacionada con la existencia de procedimientos administrativos muy complejos que, en muchas ocasiones, se duplican innecesariamente¹¹⁹⁵. Y no le falta razón. En nuestro país es fácil encontrar situaciones en las que se solapan los procedimientos administrativos e, incluso, se exige la presentación a los interesados de los mismos documentos que la propia Administración (u otra diferente), ya posee¹¹⁹⁶. Por poner un ejemplo relacionado con el sector que estoy analizando, en la apertura de un establecimiento de alojamiento hotelero se exigen las siguientes autorizaciones y licencias (sin ánimo de exhaustividad y teniendo en cuenta que puede variar de una comunidad autónoma o entidad local a otra):

- Licencia urbanística de construcción (municipal)

¹¹⁹⁵ Según el considerando 43 de la Directiva, “Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas anivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado.

¹¹⁹⁶ En cualquier caso, el artículo 35 de la LRJPAC ya establece soluciones a estos problemas, aunque realmente no se aplican en las Administraciones públicas.

- Autorización turística (autonómica)
- Licencia de apertura (municipal)
- Licencia de actividad (municipal)
- Licencia o autorización ambiental (autonómica)¹¹⁹⁷

Hay que tener en cuenta que cada autorización y licencia municipal se tramita en un procedimiento administrativo diferente (incluso ante la misma Administración pública), lo que puede llegar a aumentar de manera importante los costes de apertura de dichos establecimientos turísticos.

Estos han sido los fundamentos utilizados para eliminar los regímenes de autorización previa de manera general en el sector turístico. Pese a que, según pienso, lo más razonable hubiera sido llevar a cabo una adecuada simplificación de procedimientos administrativos, refundir en uno solo todos aquellos que, por su propia naturaleza, fuese posible hacerlo, y descentralizar las competencias en una sola Administración pública, en concreto la municipal. Y han de ser las comunidades

¹¹⁹⁷ GARCÍA RUBIO, F., en “Licencias y establecimientos turísticos”, en MELGOSA ARCOS, F. J. (Dir.), *Derecho y turismo*, cit. pág. 185, “Debemos destacar en la legislación autonómica en materia de intervención y limitación de la actividad e instalaciones turísticas particulares la diversidad de fórmulas de intervención (licencias y autorizaciones), toda vez que junto a la autorización genérica de establecimiento y la necesidad de clasificación a través de inscripción en el registro de establecimientos correspondientes de cada Comunidad, nos encontramos con licencias o autorizaciones para el ejercicio de profesiones turísticas o además de la autorización genérica una licencia específica o autorización de carácter singular por el tipo de actividad [...] estas autorizaciones de naturaleza puramente turística no agotan el ámbito de intervención autonómica sobre establecimientos turísticos, puesto que en base a otros títulos habilitantes y legislaciones, como puede ser en la Comunidad de Madrid, la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas, que exige la existencia de la denominada licencia de funcionamiento (a conceder por los municipios) afectando de esa licencia de forma expresa a los establecimientos de alojamiento hotelero”. En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del Turismo*, cit., pág. 98, “En las empresas y actividades turísticas es común que de forma conjunta con los controles específicamente turísticos se exijan otro tipo de controles o intervenciones administrativas no típicamente turísticos como son los de consumo, o más concretamente los de higiene, sanidad, salubridad o seguridad. Por ello, las leyes autonómicas de ordenación turística suelen señalar que, sin perjuicio del cumplimiento de la legislación general e incluso del sector, se han de cumplir unos determinados requisitos administrativos turísticos. En este sentido los actos administrativos de limitación administrativo son previos a la concesión de licencia de edificación, cuando estas proceden y son independiente de la licencia de apertura de establecimientos o de cualesquiera otras autorizaciones que fueran preceptivas por aplicación de la legislación sectorial.

autónomas las que lleven a cabo esa descentralización de competencias turísticas a favor de los municipios.

5.2.- Refundición y simplificación de procedimientos administrativos

Como se acaba de señalar, uno de los principales problemas de las empresas y profesionales turísticos era (y, en gran medida, sigue siendo) la necesidad de solicitar, antes de comenzar a prestar el servicio de que se trate, diferentes autorizaciones y licencias (tanto las turísticas y urbanísticas, como las de actividad y ambientales, en su caso), tramitando diferentes procedimientos administrativos para cada una de ellas.

Como es lógico, esto supone un incremento muy importante de los costes de inicio para los promotores turísticos que pretenden realizar la actividad, lo que puede llegar a suponer un elemento desincentivador de la inversión en el sector.

Coincidiendo, por consiguiente, en el diagnóstico del problema que ha motivado la reforma en todo el sector turístico, es decir, los excesivos costes de comienzo de la actividad motivado por la falta de coherencia en la intervención administrativa. En lo que no me muestro conforme, sin embargo, es en las soluciones planteadas. Y es que, considero excesivo eliminar de raíz los sistemas de control previo, sin tener en cuenta las razones imperiosas de interés general que, sin duda, existen en el sector turístico.

En este sentido, hubiera sido preferible llevar a cabo una unificación de los diferentes procedimientos administrativos en uno solo. De tal forma que los interesados solo tuvieran que tramitar un solo procedimiento administrativo para todas y cada una de las licencias y autorizaciones exigibles por la normativa. Es decir, una refundición de todos los procedimientos administrativos que son necesarios tramitar para iniciar una determinada actividad turística.

De esta forma, se podrían mantener los controles previos esenciales, en mi opinión, para alcanzar una adecuada calidad de los servicios turísticos, y se reducirían en gran medida los costes de tramitación correspondientes. Así, las empresas y profesionales deberían tramitar un solo procedimiento administrativo. Procedimiento administrativo que podría, además, ser debidamente simplificado, en cuanto a la presentación de documentos, tramitación electrónica, plazos mínimos de resolución, silencio administrativo¹¹⁹⁸, etcétera.

Bien es cierto que la Directiva Servicios ha llevado a cabo una cierta refundición o unificación de procedimientos. Pero se trata solo de una unificación “aparente”, es decir, de las de más baja intensidad, tal y como ha señalado el profesor Cesar CIERCO SEIRA al indicar que “El problema apuntado necesita una respuesta específica. Y la escogida por el legislador comunitario es la de una fusión o integración «aparente». Para comprender mejor el significado de este calificativo, cumple señalar que la fusión de autorizaciones es una solución que admite diferentes modalidades. De toda la gama, la variante de mayor intensidad es la que lleva a crear *ex novo* un único procedimiento administrativo de autorización, lo que suele hacerse manteniendo como acto final a la más importante y transformando a las demás en informes preceptivos, obstructivos o incluso vinculantes. A tal modelo responde la célebre autorización ambiental integrada, por poner un conocido ejemplo.”¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁸ En relación al silencio administrativo, se ha modificado su régimen general en el sentido de exigir, para exceptuar la regla general del silencio estimatorio, que el silencio negativo venga recogido en una norma con rango de Ley y motivado por una razón imperiosa de interés general. Así, véase el artículo 43 de la LRJPAC, después de la modificación efectuada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

¹¹⁹⁹ CIERCO SIEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración Electrónica”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, Ed., Iustel, 2009. El autor habla en este artículo de diversos grados de unificación de los procedimientos administrativos, decantándose, finalmente, por la reducción en uno solo de varios de ellos. Otras de las opciones en la unificación aparente que implica, en realidad, una unificación menos solo de puertas para fuera, es decir, solo respecto del interesado, conservándose los diferentes procedimientos administrativos intactos así como las competencias de las distintas Administraciones públicas sobre las mismas. Esta unificación es la que planeta, según entiendo, la Directiva Servicios a través de la denominada Ventanilla Única.

La unificación que defiende en este trabajo es la última indicada. Es decir, una refundición total de los diferentes procedimientos administrativos, de modo y manera que se cree un nuevo procedimiento administrativo unificado, comprensivo de todos los anteriores, pero más simple.

Para ello, además, no sería necesario un trabajo mayor que el llevado a cabo para la transposición de la Directiva Servicios¹²⁰⁰. En primer lugar, para cada actividad turística determinada, es decir, para cada subsector, se debe analizar toda la normativa aplicable. Una vez hecho esto, se determinan todas las licencias y autorizaciones necesarias y se diseña un nuevo procedimiento administrativo, único, que contenga todos los elementos de comprobación necesarios. De tal manera que el acto que resuelva el procedimiento, de ser estimatorio, habilite para llevar a cabo la actividad de que se trate sin necesidad de solicitar más autorizaciones y licencias, pues en el mismo procedimiento se habrá comprobado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la normativa (la urbanística, la turística, la de consumo, la de seguridad y salud, la ambiental etcétera), sin necesidad, además, de aportar más documentos de los necesarios¹²⁰¹.

5.3.- Descentralización de competencias en los municipios.

Junto a la refundición de procedimientos planteada en el epígrafe anterior, es necesario llevar a cabo una unificación, “bien de la titularidad o del ejercicio de la competencia”¹²⁰². Puesto que no tendría sentido refundir los procedimientos en uno solo y mantener, por el contrario, la competencia para la resolver en todas Administraciones

¹²⁰⁰ Lo lógico hubiera sido aprovechar la transposición para rediseñar y unificar los procedimientos, pero no se ha hecho.

¹²⁰¹ CIERCO SIEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración Electrónica”, cit., pág. 18, “Tal vez por esta razón, que hace de esta fórmula una vía más fácil y hacedera que la integración de licencias mediante la *reductio ad unum*”.

¹²⁰² GARCÍA RUBIO, F. “Licencias y establecimientos turísticos” en MELGOSA ARCOS, F. J., *Derecho y turismo*, cit., pág. 194.

públicas con competencia en las distintas materias. Cuestión aparte es que las diferentes Administraciones puedan intervenir mediante la elaboración de informes o dictámenes en el procedimiento administrativo único que se propone.

Y es que, la complejidad para iniciar una determinada actividad turística no radica exclusivamente en la necesidad de solicitar diferentes autorizaciones y licencias, o presentar varios documentos, sino en determinar qué Administración es competente para cada cosa¹²⁰³. Por lo que sería adecuado, en mi opinión, concentrar todas las competencias en manos de la Administración que más adecuadamente puede ejercerlas, es decir, los entes locales (y dentro de los entes locales, los municipios, según entiendo)

En este sentido, cabe indicar que en la actualidad, la competencia exclusiva en materia turística la tienen, como ya se ha indicado más arriba, las comunidades autónomas en virtud del artículo 148.1.18º de la Constitución Española y de sus respectivos estatutos de autonomía. Y ante esto, cabe plantearse, ¿Es este el nivel territorial adecuado para ejercer todas las competencias en materia turística, y en concreto, el control sobre el inicio de actividades?

En efecto, parece lógico que las competencias más generales sobre turismo (planificación, ordenación territorial, fomento de la imagen, etcétera) sean asumidas directamente por las regiones a través de sus estatutos¹²⁰⁴. Pero otras competencias turísticas, aunque parecen más propias de los entes locales, siguen manteniéndose aún hoy día en muchas comunidades autónomas. Un claro ejemplo, en mi opinión, es el referido al control del inicio de las actividades turísticas (que como vengo indicando a lo largo de este trabajo, ha pasado de ser un control previo a través de autorizaciones

¹²⁰³ LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, cit., pág. 38. “En nuestro país, los obstáculos a la actividad económica están menos ligados a los recovecos burocráticos que a la maraña de Administraciones Públicas que hemos creado, que entorpece y amenaza la unidad de mercado”.

¹²⁰⁴ Sin perjuicio de las competencias más genéricas que el Estado sigue manteniendo en la materia a través de los denominados títulos competenciales horizontales.

turísticas; a un control posterior, mediante declaraciones responsables o comunicaciones previas), más propio, según entiendo, de los municipios que de las regiones.

Pero la descentralización en materia turística que voy a proponer, no es una reivindicación nueva. Más bien todo lo contrario, puesto que ya se planteó en los primeros trabajos de investigación sobre el sector turístico de nuestro país. Véase si no, lo que en el año 1966, en el seno del I Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, manifestaba el profesor PÉREZ MORENO, A., “El sentido localista del turismo resalta a poco que se medite y pondere sociológicamente el fenómeno: el turista lo es del pueblo, de la playa, del paraje, rincón o lugar turístico [...] importantes funciones que competen a los entes locales en materia turística”¹²⁰⁵. En el mismo sentido, y en la misma publicación, los profesores Ramón MARTÍN MATEO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y José Luis VILLAR PALASÍ, manifestaban que “Ciertamente, el problema turístico es de esos que, si para ciertos aspectos requieren regulaciones de carácter nacional, e incluso internacional, para otros muchos se presenta como un campo de acción propio de las autoridades locales”¹²⁰⁶.

Pero la citada reivindicación continuó incluso después de realizada la gran descentralización que supuso la aprobación de la Constitución Española. En efecto, si bien es cierto que las competencias exclusivas en materia turística fueron asumidas con gran ímpetu por las comunidades autónomas, estas no las descentralizaron, a su vez, en los entes locales, produciéndose una nueva centralización de las competencias turísticas, esta vez en manos de las comunidades autónomas¹²⁰⁷.

¹²⁰⁵ PÉREZ MORENO, A., “La regionalización del turismo (solución a un problema de competencias)”, en *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 58.

¹²⁰⁶ MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, cit., pág. 41.

¹²⁰⁷ Así lo pone de manifiesto el profesor José TUDELA ARANDA “La organización administrativa del turismo” en GARCÍA MACHO, R. y RECLADE CASTELLS, A. (Dir.) PETIT LAVALL, M^a. V. (Coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, cit., pág. 65, “La recuperación del protagonismo político y administrativo de las provincias y, sobre todo, los municipios tras la Constitución, no ha tenido el correspondiente reflejo en materia turística.”

Pues bien, lo que aquí se propone es, como puede fácilmente intuirse de los párrafos anteriores, una nueva descentralización de competencias turística en las entidades locales. Más concretamente en los municipios¹²⁰⁸.

Y es que son estas las Administraciones públicas más adecuadas para tramitar los correspondientes procedimientos y llevar a cabo los controles de que se trate. En este sentido, hay que tener en cuenta que los municipios tienen amplia experiencia en la tramitación de este tipo de licencias y autorizaciones y, lo que quizás resulte más importante, en la realización de comprobaciones materiales e inspecciones. Tendría sentido, por tanto, que se otorgara a los municipios las competencias para tramitar este procedimiento unificado o refundido, pues es la Administración que actuaría con mayor eficacia¹²⁰⁹.

Pero sin olvidar, repito, que se trataría de un procedimiento refundido pero de control previo, no posterior. Es decir, unificación y simplificación procedimental sí, pero manteniendo los regímenes de control previo, dado que, tal y como he tenido oportunidad de señalar en otro lugar, existen razones imperiosas de interés general que así lo justifican.

¹²⁰⁸ Puede verse, a estos efectos, el trabajo de BOUAZZA ARIÑO, O., “Estudio sectorial sobre la descentralización de competencias en turismo”, en GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C., *La descentralización de competencias autonómicas en la ciudad de Madrid. Nuevas oportunidades para la gestión desconcentrada*, Ed. Huygens, Madrid, 2009, págs. 245-278.

¹²⁰⁹ GARCÍA RUBIO, F., “La implantación de la directiva europea de servicios y sus consecuencias sobre las licencias, en especial la de establecimiento y funcionamiento de actividades turística”, cit., pág. 802. “Como conclusión podemos señalar que la existencia, conforme a derecho, de cualquier establecimiento turístico genera un ámbito de competencias concurrentes que implica al menos a la Administración local y autonómica, debiéndose abordar, sin abjurar de los principios de intervención administrativa, una modificación de los procedimientos y habilitaciones facilitándose la simplificación, en la medida de lo posible, mediante la unificación o bien de la titularidad o del ejercicio de la competencia hacia las Entidades Locales u otras medidas alternativas. Teniendo en cuenta que el actual sistema de intervención previa requiere, en buena lógica, de una sustitución por el de inspección posterior, cuya mayor efectividad se realiza desde las entidades locales”.

6.- Realización de un control previo simultaneo a la correspondiente solicitud de inicio de actividad.

Y por último, me voy a referir a una de las propuestas que considero más novedosas de este trabajo: la posibilidad de mantener los controles administrativos previos, antes del inicio de la actividad, sin que los promotores deban esperar más de 24 o 48 horas para comenzar a prestar los correspondientes servicios. En definitiva, que el control previo fuese prácticamente simultáneo a la presentación de la solicitud por el interesado, sin que tuviese que esperar más de 24 o 48 horas

A ello ya me he referido más arriba cuando se hablaba de la Administración Electrónica. Y es que, para que, en efecto, pueda desarrollarse adecuadamente este sistema de control previo simultáneo, debería estar implantada totalmente la Administración Electrónica, es decir, debería estar publicada la información en la sede electrónica correspondiente (artículo 10 de la LAECSP), poder iniciarse el procedimiento mediante la presentación de la solicitud y restantes documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos en el Registro Electrónico correspondiente (artículo 35 de la LAECSP), y estar debidamente habilitados los sistemas de interoperabilidad entre las diferentes administraciones públicas para, en su caso, realizar las comprobaciones que se estimen oportunas (artículos 20 y 21 de la LAECSP) .

De tal forma que una empresa o profesional interesado en realizar una determinada actividad turística, debería previamente acudir a la sede electrónica de la Administración correspondiente (según considero más adecuado, la municipal) para informarse de todos los requisitos que debe cumplir (urbanísticos, turísticos, fiscales, etcétera). Una vez cumplido los requisitos correspondientes y estando en posesión de los documentos que así lo acredite, podría presentar su solicitud vía telemática, junto con el resto de documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos y, 24 o 48 horas después, comenzar la actividad turística de que se trate.

Así, la Administración pública podrá comprobar con carácter previo si el promotor tiene realmente toda la documentación y si esta se ajusta a los requisitos establecidos por las normas sectoriales correspondientes (sin perjuicio del plazo de subsanación que deba otorgar, en su caso), y, en caso contrario, actuar en consecuencia.

De esta manera, se podría evitar uno de los grandes problemas que presentan en la actualidad las declaraciones responsables o comunicaciones previas, es decir, que la Administración no tiene forma de saber si lo que manifiesta el promotor de la actividad es real, porque este no está obligado a presentar (en la mayoría de los casos) documentación acreditativa alguna, aunque la posea. Sin embargo, si el promotor de la actividad presenta, junto con su solicitud, los documentos (u otros instrumentos) que prueban el cumplimiento de los requisitos¹²¹⁰, la Administración competente podrá llevar a efecto la actividad de control previo adecuado, sin que ello suponga un costes excesivo a las empresas y profesionales que quieran comenzar a prestar los servicios turísticos de que se trate.

Pero, voy un paso más allá. Si además de la posibilidad de presentar la solicitud y tramitar el procedimiento vía telemática, estuvieran habilitados los sistemas de interoperabilidad entre las diferentes Administraciones públicas y entes privados correspondientes, los promotores de las actividades turísticas podrían ser eximidos de presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos, pues las Administraciones públicas podrían comprobar dichos datos mediante el acceso a las bases correspondientes puestas en común por todos los órganos implicados.

Creo que se podrá ver mejor con un ejemplo: imaginemos un profesional que quiere abrir una Agencia de Viajes nueva en Ávila. Para ello debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5 del Decreto 25/2001, de 25 de enero, por el que se aprueba

¹²¹⁰ Si cumple los requisitos, tendrá los documentos que así lo acrediten. Esta afirmación no parece descabellada.

el Reglamento de las Agencias de Viajes, que ejerzan su actividad en la Comunidad de Castilla y León es decir:

- a) Personalidad del solicitante, que se puede acreditar de la siguiente manera
 - Si se trata de empresario individual: fotocopia compulsada del Documento Nacional de Identidad, o del pasaporte y el Número de Identificación Fiscal.
 - Si la empresa adopta forma societaria, se aportará copia legalizada de la escritura de constitución y de los estatutos sociales, documento acreditativo de inscripción en el Registro Mercantil, Código de Identificación Fiscal, así como acreditación de la representación de la persona que actúa en nombre de la sociedad.
- b) Indicación del domicilio que corresponda a efectos de notificación.
- c) Certificación expedida por la Oficina Española de Patentes y Marcas, que acredite haberse solicitado el nombre comercial y rótulo de establecimiento correspondiente a la denominación que pretenda adoptar la Agencia, e informe previo de antecedentes registrales expedido por el mismo Organismo.
- d) Póliza de seguro, que habrá de cubrir los tres bloques de responsabilidad siguientes (sic):
 - La responsabilidad civil de la explotación del negocio.

- La responsabilidad civil indirecta o subsidiaria.
- La responsabilidad por daños patrimoniales primarios.

Estas coberturas deberán incluir toda clase de siniestros: daños corporales, daños materiales y los perjuicios económicos causados.

La póliza habrá de cubrir una cuantía mínima de 25.000.000 de pesetas (150.253,03 euros), para cada uno de los bloques de responsabilidad. La Agencia queda obligada al mantenimiento en permanente vigencia de la citada póliza.

e) Documento acreditativo de la constitución de fianza en la forma y cuantía previstas en este Reglamento.

Y además, deberá cumplir los requisitos urbanísticos y de actividad correspondientes.

Lo que yo propongo es que, una vez presentada la solicitud telemática, la propia Administración competente pueda llevar a cabos las comprobaciones correspondientes de modo y manera que:

- a. Para comprobar la personalidad del promotor, se pueda acceder a la base de datos del Ministerio del Interior para comprobar los datos personales del interesado. Si fuera una persona jurídica, se podría llevar a cabo la comprobación de los datos societarios que obren en el Registro Mercantil correspondiente. De esta forma, ni la persona ni el empresario debería presentar

documentación alguna, pues la propia Administración podría comprobar los datos mencionados en tiempo real.

- b. Respecto del nombre comercial y el rótulo, se podría, igualmente, habilitar los sistemas de comunicación adecuados con la Oficina Española de Patentes y Marcas para comprobar, vía telemática, los datos necesarios, sin necesidad de que el interesado deba esperar más de lo necesario a que le remitan la correspondiente acreditación.
- c. En relación al seguro, de la misma manera, se podría crear una base de datos, por parte de las empresas de seguros correspondientes, donde constase la información adecuada sobre las empresas del sector. Se ha comprobado que esto no es imposible, pues actualmente existe una base similar para el seguro obligatorio de vehículos, donde los agentes de tráfico pueden comprobar en tiempo real, si el vehículo de que se trate está asegurado, sin necesidad de que el conductor porte consigo el certificado acreditativo.
- d. E igual con la fianza. Es decir, crear una base de datos adecuada donde conste esta información que deberá ser “volcada” por la entidad donde se haya constituido el correspondiente depósito.

En definitiva, los medios existen. Se pueden mantener los controles previos de acceso a las actividades turísticas habilitando los instrumentos electrónicos adecuados. De esta forma, la Administración pública podría controlar el cumplimiento de los requisitos con carácter previo, sin que los profesionales y empresas tuvieran que soportar grandes costes por este motivo.

De lo que se deduce fácilmente que si se arbitran los medios precisos, la intervención previa administrativa no tiene por qué ser costosa, ni para los empresarios y profesionales del sector, ni para la propia Administración pública. Es más, reportaría grandes beneficios al impedir el acceso a este tipo de actividades a personas que no cumplen los más mínimos requisitos preestablecidos.

Este es precisamente, en mi opinión, el espíritu del bloque normativo de la liberalización, con la Directiva Servicios a la cabeza: desarrollar la Administración Electrónica para facilitar el acceso a las actividades de servicios a los promotores, pero manteniendo una intervención administrativa fiscalizadora adecuada (y previa, cuando sea necesaria para salvaguardar los intereses generales y se cumplan los requisitos).

Si no, no tendrían sentido determinadas previsiones como las relativas a la Ventanilla Única (artículo 6 de la Directiva), derecho a la información por medios electrónicos (artículo 7), tramitación electrónica de procedimientos (artículo 8), etcétera¹²¹¹. O la establecida en el artículo 9.1.c) de la misma Directiva, cuando se

¹²¹¹Transcribo a continuación, por su claridad e importancia, ciertos considerandos de la Directiva Servicios sirven, a su vez, de reglas hermenéuticas;

(46)“Con el fin de facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior, procede establecer un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización. A nivel nacional se pueden adoptar otras medidas para cumplir este objetivo, consistentes en reducir el número de procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios y en asegurarse de que dichos procedimientos y trámites son indispensables para conseguir un objetivo de interés general y de que no existen solapamientos entre ellos, tanto en el contenido como en la finalidad”.

(47) En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores. También es necesario garantizar que la autorización dé acceso como norma general a una actividad de servicios o a su ejercicio en todo el territorio nacional, a no ser que esté objetivamente justificado exigir una autorización individual para cada establecimiento — por ejemplo, para cada implantación de grandes superficies comerciales —, o una limitación de la autorización a un lugar específico del territorio nacional, por una razón imperiosa de interés general.

(48) A efectos de una mayor simplificación de los procedimientos administrativos, conviene garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (denominados en lo sucesivo «ventanillas únicas»). El número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. En efecto, la creación de ventanillas únicas no debe interferir en el reparto de competencias entre autoridades competentes dentro de cada sistema nacional. Cuando varias autoridades tienen competencias a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla única y de coordinador con las demás. Las ventanillas únicas pueden estar constituidas no solo por autoridades administrativas sino también por cámaras de comercio o de oficios, colegios profesionales u organismos privados a los que los Estados miembros encomienden esta función. La finalidad de las ventanillas únicas es desempeñar un importante papel de ayuda al prestador, ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre el prestador y dichas autoridades directamente competentes.

refiere al principio de proporcionalidad (que como ya se ha indicado, forma parte del triple test que puede justificar el mantenimiento de controles administrativos previos) en los siguientes términos: “Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: [...] c) que el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”.

Cuestión diferente es la interpretación que de esa norma comunitaria han hecho los legisladores en nuestro país, tanto el estatal, como los autonómicos. Un enfoque ambicioso, al que ya me he referido, que ha supuesto la eliminación sistemática de los regímenes de autorización previa para las actividades de servicios, sin desarrollar de forma paralela la Administración Electrónica que ha de servir de soporte a los nuevos sistemas de control posterior: declaraciones responsables y comunicaciones previas.

En mi opinión, un auténtico despropósito, pues se eliminan eficaces instrumentos de intervención administrativa sustituyéndolos por otros que, hasta el completo establecimiento de la Administración Electrónica no serán, ni por asomo, tan eficaces.

Y termino haciendo referencia a una idea que, sin duda, ha estado presente a lo largo de todo el trabajo. La eliminación de los controles previos como sistema general de acceso a las actividades de servicios turísticos ha sido, en general, muy precipitada por parte de los legisladores autonómicos. **La transposición de la Directiva Servicios hubiera requerido un mayor sosiego, sobre todo en un sector tan importante desde el punto de vista de la economía. Hubiera sido necesario, asimismo, una mayor implicación para el desarrollo de la Administración Electrónica como soporte básico y guía a todas las reformas.**

Pero no se ha hecho así. Y esta circunstancia puede pasar factura a una visión del turismo basada en la calidad que pretende alcanzar, como objetivo fundamental, un desarrollo turístico sostenible.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Lo primero que cabe resaltar es la importancia del sector turístico tanto para la economía nacional como para la europea. Teniendo en cuenta los datos macroeconómicos, el turismo representa uno de los sectores económicos más relevantes para el PIB y tiene las mayores tasas de ocupación. Algo que, además, lejos de estancarse, tiende a incrementarse según las previsiones para los próximos años. De ahí la importancia de elaborar y desarrollar unas adecuadas políticas públicas, que tengan como objetivo no solo el aumento de los rendimientos económicos del sector, sino también, otros elementos esenciales que constituyen las bases necesarias para alcanzar su desarrollo sostenible.

Porque este ha sido uno de los principales problemas que ha presentado el sector turístico en nuestro país: una visión reduccionista del mismo, centrada exclusivamente en los beneficios económicos. Es decir, una perspectiva pública preocupada más por los datos cuantitativos que por los cualitativos, que quedaron en un segundo plano. Sin tener en cuenta que para un adecuado desarrollo del turismo es necesario adoptar un enfoque global que abarque todos los intereses en juego. Los económicos, desde luego, pero también los medioambientales, culturales y sociales. Porque sin esa visión general, el turismo sería un sector económico tendente a agotarse en sí mismo, es decir, insostenible.

Pero esa visión desarrollista del turismo es propia de una época muy concreta de la evolución del sector turístico en nuestro país. No siempre fue así.

A estos efectos, hay que mencionar que cuando aparece el turismo moderno tal y como hoy se considera, a mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, se trata de un fenómeno exclusivo de determinados sectores de la sociedad. En este sentido se puede hablar de un turismo de élite o, si se prefiere, elitista. Hay que tener en cuenta que, en este periodo, la acción de los poderes públicos, como es lógico, tiende a

fomentar ese turismo, sin mostrar una preocupación definida por las cuestiones medioambientales, culturales y sociales.

Y esto es así, primero, porque al ser un fenómeno tan minoritario, no planteaba verdaderos problemas allí donde se desarrollaba; y, segundo, porque los propios turistas, personas adineradas de altos sectores de la sociedad, no concebían sus viajes sin unos altos niveles de calidad. Es decir, el turismo en este primer periodo, era, por su propia naturaleza, un turismo de calidad preocupado por cuestiones culturales y medioambientales. Los poderes públicos no hicieron hincapié, por tanto, en la protección del medio ambiente o del patrimonio cultural y social.

Sin embargo, después de la Guerra Civil Española y de la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno turístico da un giro de ciento ochenta grados. Aumenta el nivel de vida de los trabajadores europeos, que disponen de más recursos económicos y de un periodo de vacaciones que coincide, además, con la época estival.

Es la concreción del “estado de bienestar” que recogen las constituciones de los principales países europeos después de la gran contienda bélica. El incremento del nivel de vida tiene como consecuencia positiva que el turismo se generaliza. Ya no es un turismo de élite. España se convierte en un destino habitual de estos turistas por diferentes motivos: bajos precios, amplio litoral, buen clima, etcétera. Los Poderes Públicos, a la vista de los importantes beneficios económicos y del aumento anual de la demanda, deciden desarrollar políticas públicas tendentes a incrementar la oferta. Se prima la cantidad frente a la calidad. Es la época del denominado desarrollismo turístico. Grandes construcciones hoteleras para fomentar el turismo del sol y playa sin tener en cuenta criterios cualitativos, medioambientales, sociales o culturales.

Hasta mediados de los años setenta, con la primera gran crisis turística de nuestro país, los Poderes Públicos no se percatan de la situación. No se podía mantener ese modelo turístico. En efecto, ha proporcionado importantes beneficios económicos en

el pasado, pero resulta insostenible en sus planteamientos. Es necesario realizar otro gran cambio en la política turística.

Y ese gran cambio de rumbo coincide con la aprobación de la Constitución de 1978. Norma que resulta esencial en el turismo, pues se recogen principios esenciales que sirven de “semilla jurídica” para lo que posteriormente será el desarrollo turístico sostenible basado en la calidad. La Norma Fundamental reconoce como principios rectores de la política social y económica la protección del medio ambiente (artículo 45), la conservación del patrimonio histórico y cultural (artículo 46), la promoción de una adecuada utilización del ocio (artículo 43.3), la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (artículo 51), etcétera, todos ellos íntimamente vinculados con el desarrollo turístico sostenible. Estos principios, pese a tener una eficacia jurídica relativa, deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, por lo que se convierten en principios generales del Derecho del turismo.

Pero la aprobación de la Constitución supone, además, la primera gran descentralización en materia turística. Se establece una nueva organización territorial del Estado basada en comunidades autónomas a las que se les confiere, en exclusiva, la competencia sobre ordenación y promoción del turismo. Desde ese momento, las diferentes comunidades autónomas asumen las dichas competencias en sus respectivos Estatutos de Autonomía, pero habrá que esperar todavía más de diez años, hasta mediados de los noventa del siglo pasado, para que se empiecen a aprobar las primeras leyes sectoriales completas sobre la materia. Por tanto, el ejercicio completo de sus competencias en materia turística por las comunidades autónomas es relativamente reciente.

Y queda aún, en mi opinión, otra asignatura pendiente: la segunda gran descentralización de competencias turísticas en las entidades locales. A mi entender, estas son las Administraciones que, con mayor eficacia y menor gasto, pueden ejecutar determinadas funciones administrativas en la materia. Sobre todo a raíz de la aprobación

de la Directiva Servicios y sus normas de transposición (lo que he denominado “bloque normativo de la liberalización”), que al convertir los controles administrativos en posteriores, convierten a los entes locales en el nivel administrativo más adecuado para su ejercicio, sobre todo por su cercanía a los ciudadanos. Solo algunas comunidades autónomas, en las recientes reformas efectuadas en los Estatutos de Autonomía, parecen haber comenzado dicha descentralización, pero de manera aun muy tenue.

Continuando con el tema competencial, no se puede dejar de mencionar a la Unión Europea que, según el artículo 195 del Tratado de Funcionamiento, complementará la acción de los Estados miembros en el sector turístico, en particular promoviendo la competitividad de las empresas de la Unión en este sector. Es decir, que la competencia corresponde, de forma exclusiva, a los Estados miembros. Y sin embargo, aunque pueda resultar paradójico, una norma que proviene de la Unión, la Directiva Servicios, ha impuesto el mayor cambio normativo en la historia del sector de los últimos treinta y cinco años. En este sentido, la norma europea ha podido tener la misma influencia que en su día tuvo la Constitución, aunque en sentido inverso. Así, por los motivos que se expresan en el trabajo, se puede hablar de una involución en el desarrollo del sector turístico. Las competencias sobre turismo corresponden a los Estado miembros, y en el nuestro, a las comunidades autónomas. Por lo que la ordenación del mismo, el establecimiento de las razones de interés general que justifican la intervención administrativa e, incluso, los medios de intervención, han de venir establecidas por cada región en función de sus propios intereses, para ello se les ha dotado de autonomía. No pueden venir impuestos por otras entidades sin competencia en la materia.

En otro orden de cosas, pero siguiendo con las conclusiones que se pueden extraer del presente trabajo, cabe mencionar que, en materia turística, quizás con mayor intensidad que otros sectores económicos, se manifiesta la fuerte tensión existente entre el principio de libertad de empresas (en sentido amplio, es decir, incluida la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento) y la defensa de intereses generales como el medio ambiente, patrimonio cultural y social. No cabe duda, por un lado, que los poderes públicos deben proteger la libertad de empresa en el seno de una

economía de mercado. Pero es igualmente claro, según mi opinión, que esos mismos poderes públicos han de hacer todo lo posible para que alcanzar los fines de interés general mencionados y que son recogidos en nuestra Constitución como principios rectores de la política social y económica, siendo posteriormente desarrollados en normas con rango de Ley. Reducir el problema a una cuestión de jerarquía normativa implica tener una visión limitada de la realidad. En nuestro país, por desgracia, tenemos claros ejemplos de esa visión desarrollista y exclusivamente económica del turismo.

La solución a ese dilema se encuentra en intentar alcanzar, con los medios jurídicos de los que se disponga, del necesario equilibrio en el desarrollo turístico, es decir, el desarrollo sostenible, económicamente viable, y respetuoso con el medio ambiente, el patrimonio y las costumbres culturales y sociales. En el momento en que dicho equilibrio se rompa, el turismo se vuelve insostenible. Si cede del lado de la libertad de empresa, el sector se vuelve económicamente inviable, pues los costes para acceder a las actividades turísticas se vuelven insostenibles para las empresas y profesionales, en favor de otros intereses como los medioambientales, culturales, etcétera. Si la ruptura se produce del lado de estos últimos, a favor de la libertad de empresa, en perjuicio del entorno natural y las costumbres sociales, protección de consumidores, etcétera, el turismo se convierte, asimismo, en insostenible, pues los recursos en los que se basa, tenderán a agotarse sin que los poderes públicos, en concreto la Administración, pueda hacer mucho para evitarlo. Y esto es, según pienso, lo que ha desencadenado la Directiva Servicios, un refuerzo de la libertad de empresa frente a los restantes intereses generales igualmente dignos de protección. Quizás sea el inicio de un nuevo desarrollismo turístico, similar, aunque salvando las distancias, al que se produjo a mediados del siglo XX en nuestro país.

Pero la conclusión es muy clara. No podemos hablar de desarrollo turístico sostenible sin un turismo de calidad, económicamente viable, respetuoso con el medio ambiente social y cultural del territorio donde se desarrolla. Y para garantizar ese desarrollo sostenible, ha de intervenir necesariamente la Administración pública. Quien tiene encomendado, por mandato constitucional, el servicio eficaz a los intereses generales. La Administración pública, en este sentido, está llamada a alcanzar el

equilibrio al que más arriba me refería, es decir, permitir la libertad de empresa sin menoscabo de los intereses generales. Y si debe limitarse, siempre con respeto al principio de proporcionalidad. Pero sin menoscabar, tampoco, el principio de eficacia.

Y se entra de lleno en otro de los ejes que configuran este trabajo: la calidad turística. Este viene a desempeñar un papel catalizador en el objetivo de un desarrollo turístico sostenible. Por un lado, permite que el turismo sea rentable desde el punto de vista económico: a mayor calidad, mayor precio. Pero por otro, no se entiende un turismo de calidad sin un entorno natural y social adecuado, de tal forma que cualquier deterioro en el medio natural, social o cultural, influye negativamente en la calidad del turismo, disminuyendo, como es lógico, los rendimientos económicos del destino. Porque la calidad, en definitiva, es percibida por el turista de manera global, como un conjunto de servicios ofrecidos en el destino de que se trate.

En este sentido, el papel de la Administración pública no debe desdeñarse. Si se pretende alcanzar un desarrollo turístico sostenible, se ha de dotar de medios e instrumentos suficientes a las Administraciones públicas para que garanticen un mínimo de calidad en los servicios turísticos prestados. Y es que, la calidad no es gratuita, más bien al contrario, genera importantes costes a los empresarios y profesionales del sector que tendrán que dedicar parte de su inversión a este objetivo. Y ahí es donde la intervención de la Administración se hace más necesaria.

Intervención administrativa que pasa, primero, por llevar a cabo una adecuada reglamentación de las diferentes actividades turísticas. Sin perjuicio del pleno respeto al principio de legalidad, y con fundamento, por tanto, en la correspondiente ley sectorial, la Administración competente, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, deberá fijar con el suficiente detalle los requisitos mínimos que deben cumplir las empresas y profesionales que pretendan iniciar su actividad en el subsector turístico correspondiente.

Por otro lado, la intervención administrativa ha de pasar, necesariamente en mi opinión, por el ejercicio de la actividad de policía. Es decir, la Administración pública deberá controlar o supervisar la actividad de los particulares (empresas y profesionales) que prestan servicios en el sector turístico. Y para que esa actividad de policía sea eficaz y cumpla sus objetivos en los términos que exige el artículo 103 de la Constitución, deberá permitirse a la Administración el uso de técnicas administrativas adecuadas, como la autorización u otros controles previos. Bien es cierto que, puesto que supone una limitación de la libertad de los particulares, dicha intervención ha de ser lo menos restrictiva posible y realizarse con la mayor agilidad, para que las empresas y particulares puedan comenzar la actividad y rentabilizar sus inversiones tan pronto como les indique la Administración que cumplen con los requisitos. En este sentido, el impacto de la Directiva Servicios sobre los medios de control previo ha sido enorme. De hecho, las autorizaciones y licencias, que han venido siendo los métodos habituales de control por las Administraciones Públicas, se han convertido, por mor de la norma europea, en la excepción.

Así, la Directiva Servicios ha venido a establecer, como regla general, la eliminación de los controles previos (las tradicionales autorizaciones), poniendo en su lugar a las comunicaciones previas con declaraciones responsables. Este cambio, que tanto parece beneficiar la libertad de empresa y a los nuevos promotores de actividades y servicios turísticos, no lo es tanto en realidad.

Y esto es así porque, si bien es cierto que, tradicionalmente, los procedimientos administrativos de autorización y control previo han estado plagados de trabas y obstáculos para las empresas y profesionales, no es menos cierto que, por otro lado, sitúan a dichos particulares en una situación jurídica determinada: la de interesado en el procedimiento y sujeto beneficiado o perjudicado por el correspondiente acto administrativo.

Así, en el procedimiento administrativo se pueden realizar alegaciones, aportar documentos y valerse de cualquier medio de prueba admisible en Derecho, se debe dar

trámite de audiencia, etcétera. Y una vez dictado el acto, si este perjudica los intereses del sujeto, puede iniciar los correspondientes procedimientos de impugnación de actos, según proceda; si por el contrario el acto beneficia al interesado, al concederse la autorización, la Administración queda vinculada al contenido del mismo, de tal forma que no puede modificar su postura en el futuro salvo que se modifiquen las circunstancias que sirvieron de base para otorgar la autorización. En este sentido la Administración se vincula con su acto administrativo en cumplimiento del principio de la buena fe (no puede ir contra actos propios)

Con los nuevos mecanismos de comunicación previa y declaración responsable, la situación ha cambiado de forma muy relevante. En primer lugar porque se elimina el procedimiento administrativo correspondiente. La comunicación previa se presenta e, inmediatamente, sin ningún trámite intermedio, el promotor de la actividad puede comenzar a ejercerla. Pero, además, tampoco se produce ninguna manifestación por parte de la Administración pública correspondiente, es decir, no se dicta ningún acto administrativo. Teniendo en cuenta esto, la Administración pública tampoco queda vinculada a ninguna actuación previa, por lo que puede cambiar libremente de criterio, en perjuicio incluso de los particulares, sin que ni siquiera deba motivarlo. Se produce por tanto, en mi opinión, una pérdida flagrante de seguridad jurídica. Las empresas y profesionales no podrán prever la actuación futura de la Administración pública, se ha producido, por consiguiente, una pérdida de certidumbre en el cumplimiento del Derecho. Es cierto que si el correspondiente establecimiento cumple con los requisitos regulados (y reglados) en una norma jurídica, la Administración solo debe verificarlo a posteriori, pero ¿Qué ocurre si esos requisitos no están regulados o hay dudas sobre su interpretación? En efecto, en mi opinión, en este caso la Administración pública vería aumentada la discrecionalidad en contra, precisamente, del espíritu de la Directiva Servicios.

Sobre todo si tenemos en cuenta que estos sistemas de comunicación previa y control posterior, implican que, necesariamente, los promotores de las correspondientes actividades turísticas se han de convertir en intérpretes del Derecho. Es decir, son las empresas y profesionales del sector quienes han aplicar la norma correspondientes (si es

que existe) a su caso concreto, comprobando que su actividad se ajusta a los requisitos establecidos en las mismas. Esto puede aportar, si cabe, mayor inseguridad jurídica porque ¿Quién asegura a los particulares que la interpretación que ellos han hecho es la adecuada y será ratificada, en su caso, por la Administración? Todo ello sin tener en cuenta, además, que la interpretación normativa que hagan los particulares tenderá, normalmente, a beneficiar sus propios intereses particulares, y no los generales, cuya defensa corresponde a la Administración. Y todo ello sin tener en cuenta el nivel de responsabilidad que asumen.

Pero el problema real no radica tanto en la sustitución generalizada de las autorizaciones previas por otros instrumentos de control mucho más flexibles, como la comunicación previa con declaración responsable. El principal inconveniente de la nueva regulación tiene que ver con la escasa importancia que la mayoría de las comunidades autónomas han dado al necesario control posterior que ha de realizarse una vez se ha presentado por el particular la comunicación previa. Los nuevos sistemas de control basado en las comunicaciones previas y declaraciones responsables ya mencionadas implican, necesariamente, que la Administración tiene que comprobar, con carácter posterior, si las actividades comunicadas y las declaraciones efectuadas cumplen los requisitos establecidos en la normas y se ajustan a la realidad. Pues bien, solo algunas comunidades autónomas han regulado adecuadamente estos controles posteriores, estableciéndolos como controles necesarios en todos los casos de actividades comunicadas y fijando un plazo mínimo adecuado para llevarlos a cabo. En otras regiones, o bien no se regula adecuadamente o, a veces, ni siquiera se menciona tal posibilidad.

Siguiendo con los controles posteriores, se ha de tener en cuenta que, cuando la Administración pública los lleve a cabo, va a realizar una comprobación del cumplimiento de los correspondientes requisitos, pero según la interpretación normativa que hayan efectuado las propias empresas y profesionales, lo que, como ya se ha indicado, puede generar inseguridad jurídica. No solo porque la Administración puede determinar si esa interpretación es adecuada o no, sino porque, como ya se ha indicado,

las empresas y profesionales tendrán cierta tendencia a favorecer sus propios intereses particulares en detrimento de los generales, como, por otra parte, es lógico.

La cuestión esencial, en este aspecto, se refiere a la postura que han de adoptar los particulares a la hora de hacer uso de estos mecanismos de control posterior: deben tener en cuenta solo su interés particular o, por el contrario, también los intereses generales implicados. Se ha de tener en cuenta, en este sentido, que la Directiva Servicios ha impuesto unos mecanismos administrativos que no son propios de nuestra tradición jurídico-administrativa. La comunicación previa y la declaración responsable se basan en la confianza de la Administración en los particulares. Es decir, se parte de la premisa de que las empresas y profesionales no van a mentir y cumplen verdaderamente los requisitos según lo manifiestan.

En mi opinión, esto está bien para los países de cultura anglosajona, donde la mentira es, en principio, absolutamente repudiada. Pero sin embargo, en países de cultura latina como el nuestro, donde la mentira es relativamente aceptada, donde en muchos casos prima el interés particular frente al general, y no solo entre particulares, sino, lo que es más grave, entre responsable públicos, pienso que estos mecanismos de intervención administrativa no serán lo suficientemente eficaces como para alcanzar los objetivos encomendados de salvaguarda de los intereses generales. Por desgracia, tenemos a diario ejemplos de esta mal llamada picaresca española. Basta con consultar cualquiera de los periódicos diarios que se publican en nuestro país.

Inciendiando sobre esta cuestión, debo hacer referencia, igualmente, a la falta de perspectiva que han tenido la mayoría de las comunidades autónomas a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva Servicios en sus ordenamientos turísticos. Y es que, pese a que la propia Directiva permite mantener aquellas autorizaciones que no sean discriminatorias, sean proporcionadas y estén justificadas en una razón imperiosa de interés general (el denominado *triple test*), muy pocas comunidades autónomas han interpretado que en el sector turístico puedan darse estas circunstancias y, por ende, mantener algunos regímenes de autorización previa. Y sin embargo, según mi opinión,

en el sector turístico se encuentran multitud de razones de interés general. Piénsese, si no, en el medio ambiente, en la protección de los consumidores y usuarios (y no solo desde el punto de vista de sus derechos e intereses económicos, sino, lo que resulta más importante, su propia vida, salud o integridad física), en la adecuada ordenación territorial y urbanística, por mencionar solo algunos ejemplos. Razones imperiosas de interés general que, por otro lado, constituyen las bases mínimas imprescindibles para garantizar un turismo de calidad y, por tanto, un desarrollo turístico sostenible.

Siguiendo el razonamiento, si dejamos de considerar las materias mencionadas en el párrafo anterior como razones imperiosas de interés general, en definitiva, si se impide a las administraciones utilizar el régimen de control previo, será más difícil para las comunidades autónoma cumplir sus objetivos relacionados con el desarrollo turístico sostenible. Objetivo que, por otro lado, todas recogen en sus respectivas leyes sectoriales.

No obstante todo lo anterior, se ha de señalar que lo verdaderamente criticable no es tanto la propia Directiva Servicios en sí, como la transposición que de la misma se ha hecho tanto por el Estado como por las diferentes comunidades autónomas en materia turística.

La norma comunitaria puede ser valorada como un importante avance en la consecución del mercado interior de servicios, que era lo que en definitiva se pretendía desde el primer momento. Así, se pretende que los diferentes Estados miembros no puedan impedir la prestación de servicios o el establecimientos de empresas y profesionales de otros Estados de la Unión en su propio territorio. Del mismo modo, aunque esto pueda resultar más discutible, se imponen unos métodos de intervención en el sector de los servicios (comunicación previa y control posterior) que habrán de ser implantados en todos los Estados miembros. En definitiva, se trata de reducir al máximo posible la intervención administrativa, para potenciar el derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. En este sentido se trata de una norma de marcado sentido liberalizador.

Pero, pese a esa tendencia liberalizadora, se ha de tener en cuenta que la propia Directiva reconoce la existencia de diferentes razones de interés general que justifican una mayor intensidad en la intervención administrativa. Así, reconoce un número abierto de razones imperiosas de interés general que permiten a los Estados Miembros mantener los regímenes de control previo. Siempre según lo que, en última instancia, establezca el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero, en cualquier caso, son razones sometidas a constante evolución, por lo que nada impide que surjan nuevas razones distintas de las señaladas en la norma, cuando las circunstancias sociales, culturales, tecnológicas, etcétera, así lo exijan.

Lo que sí resulta muy criticable, por tanto, no es tanto la propia Directiva como la transposición que de la misma han hecho el Estado y comunidades autónomas. Bien es cierto que el desarrollo legislativo de la norma comunitaria, pese al plazo establecido en la propia norma europea (28 de noviembre de 2009), se ha venido realizando por diferentes leyes a lo largo de los últimos años, alguna de ellas muy recientes.

La transposición en el Estado se hace, fundamentalmente, a través de dos leyes muy relevantes, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Teniendo en cuenta lo establecido en ambas normas, se puede deducir que la transposición llevaba a cabo por el Estado ha ido más allá de lo que pretendía la propia Directiva Servicios. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que se ha adoptado un enfoque ambicioso a la hora de incorporar la norma a nuestro ordenamiento jurídico. Y esta ambición se manifiesta muy claramente, por ejemplo, en cuestiones como la determinación de lo que puedan ser consideradas razones imperiosas de interés general a efectos de mantener los controles administrativos previos. Si bien la Directiva establece un concepto abierto, vinculado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por consiguiente, susceptible de evolución; el Estado, por el contrario, define este término jurídico como algo cerrado y tasado a lo

que se señala en la propia Ley. Lo que supone, como es lógico, una transposición inadecuada de la norma comunitaria, lo que podría generar la invocación del efecto directo de la Directiva. Este concepto abierto del término razón imperiosa de interés general se da, igualmente, en la versión francesa e inglesa de la norma comunitaria, por lo que no es una característica de su versión en castellano que deba ser corregida por el legislador español en su transposición.

Las comunidades autónomas, en general, han seguido el mismo enfoque ambicioso en la transposición de la Directiva para aquellos sectores específicos cuya competencia exclusiva les corresponde. Entre ellos, el turismo.

Y aquí se plantea, en mi opinión, otra de las importantes cuestiones que tienen que ser analizadas en relación a la transposición de la Directiva Servicios en el sector turístico: si la Unión Europea no tiene competencias en materia turística, ¿Cómo es posible que una norma comunitaria lleve a cabo una transformación tan relevante en el sector? En mi opinión, resulta dudosa la posibilidad de que la Unión Europea pueda, mediante una Directiva, transformar todo el sistema de intervención administrativa en la materia.

Sobre todo, teniendo en cuenta que las competencias exclusivas corresponden a los Estados y, en el caso de España, a las comunidades autónomas, renunciando el Estado incluso a tener normas subsidiarias que regulen el sector turístico.

Este es otro de los datos que ha de tenerse en cuenta a la hora de realizar una valoración genérica del impacto de la Directiva Servicios en el ámbito turístico. Y es que el Estado, aprovechando la aprobación de la Directiva Servicios, ha procedido a derogar todas las normas reglamentarias que se habían venido aprobando en la etapa anterior a la aprobación de las leyes sectoriales autonómicas, muchas de ellas, además, preconstitucionales.

Bien es cierto que el Estado no tiene competencias para aprobar normas que regulen los diferentes subsectores turísticos, pero la Directiva Servicios tampoco obliga a derogar toda esa normativa, si acaso a adaptarla a las nuevas circunstancias. No obstante, el Estado aprueba el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, y elimina del ordenamiento jurídico todas las normas estatales de rango reglamentario que hasta ese momento aun seguían vigentes.

Así, algo que a priori no tiene relevancia, puede ocasionar un gran trastorno en los ordenamientos turísticos autonómicos. Me refiero especialmente a aquellos que todavía no habían aprobado normas reguladoras de los diferentes subsectores turísticos. Y es que, según entiendo, los nuevos sistemas de control posterior instaurados con la norma europea, solo tienen sentido si los promotores de las diferentes actividades turísticas conocen los requisitos que tienen que cumplir antes de iniciar la prestación de servicios. Y para ello es imprescindible que, con carácter previo, se hallen recogidos en una norma jurídica, ¿Qué ocurre entonces en aquellas regiones que no han aprobado todavía las correspondientes normas reglamentarias?

Hasta la derogación de la normativa turística estatal, estas comunidades autónomas podían apoyarse en la normativa supletoria estatal para definir los requisitos. Así, los promotores de las correspondientes actividades tenían una referencia normativa y las administraciones autonómicas una norma que aplicar. Sin embargo ahora sin normas estatales supletorias que sirvan de referencia, algunos ordenamientos turísticos autonómicos se encuentran en una situación de anomia. Es decir, para llamar a las cosas por su nombre, la transposición de la norma comunitaria ha tenido como consecuencia la desregulación algunos subsectores turísticos.

Situación que se agrava, como he dejado apuntado, con los nuevos sistemas de comunicación previa y declaración responsable más control posterior, ya que las

empresas y profesionales que quieran comenzar a prestar sus servicios, no podrán comprobar la adecuación de su actividad a los requisitos exigidos, porque, llanamente, no están regulados en ninguna norma jurídica.

Esta situación que, en principio, puede parecer muy beneficiosa para aquellas empresas y profesionales que pretendan iniciar una actividad de servicios turísticos, no lo es tanto en realidad. Es cierto que al no haber requisitos que cumplir ni controles previos administrativos que nos señalen las condiciones necesarias para comenzar la actividad, los costes de iniciación se verán muy reducidos. Pero esto no es lo único que ha de tenerse en cuenta. Y es que la Administración, a la hora de llevar a cabo el control posterior, va a tener un amplio margen de actuación, puesto que no está vinculada ni por una norma jurídica reglamentaria, ni por su propia actuación previa. Lo que puede generar, según se ha comentado, importantes problemas de inseguridad jurídica.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero antes mencionado, ratificando su adecuación al ordenamiento jurídico mediante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala III, Sección 3ª) de 14 de diciembre de 2010. En esta, el Alto Tribunal establece que la norma no vulnera la Constitución dado que no se puede exigir al Gobierno que mantenga sus normas jurídicas con carácter supletorio. La derogación por consiguiente, es una opción legítima. Sin embargo, el Tribunal no entra a valorar la derogación con criterios de oportunidad. Desde el punto de vista jurídico, en efecto, parece que no se puede exigir al Gobierno mantener unas normas que, además, son preconstitucionales. Pero, desde una perspectiva política, pienso que hubiera sido más adecuado mantener la vigencia de esas normas hasta que las comunidades autónomas hubieran adaptado toda su normativa a la Directiva Servicios. Se hubiera dotado al sistema, según entiendo, de mayores dosis de seguridad jurídica.

Cabe referir, por otro lado, el impacto que la Directiva Servicios ha tenido en cada uno de los subsectores turísticos. La calidad del turismo se mide, como ya he indicado, en términos globales, es decir, se tiene en cuenta la satisfacción que el turista

obtiene del destino turístico en general, incluidos todos los subsectores. Pero para comprobar esa calidad global, previamente habrá que analizar cómo afecta la Directiva en cada una de las diferentes actividades.

Comencemos, por consiguiente, por los alojamientos. En este concreto subsector, el impacto puede ser importante. Bien es cierto que los controles previos urbanísticos se pueden mantener, pues, además, constituyen una razón imperiosa de interés general admitida por la Directiva y por las normas estatales de transposición. Pero el control turístico se elimina, con lo que la Administración Turística no podrá comprobar, con carácter previo, si se cumplen los requisitos mínimos de calidad establecidos en la normativa turística correspondiente. Lo que significa que se podrán dedicar edificios nuevos, o ya existentes, a prestar un servicio turístico de alojamiento sin que se lleve a cabo la más mínima comprobación.

Por otro lado, respecto a la restauración, parece que se trata de un servicio turístico menor sobre el que se pueden eliminar los controles previos sin problemas. Pero no se debe olvidar que nuestro país es una potencia mundial en turismo gastronómico, y que la calidad de nuestra imagen turística depende en gran parte de la calidad de este subsector. Además, hay otras razones imperiosas de interés general implicadas, como la salud de los consumidores y usuarios, que se puede ver afectada si se sirven productos de baja calidad. En este sentido, la flexibilización de los controles que ha llevado a cabo la Directiva puede tener alguna consecuencia negativa sobre esta actividad.

En relación al subsector del turismo activo, la flexibilización de los controles administrativos puede tener consecuencias dramáticas. Y es que, el peligro es algo consustancial a este tipo de actividad, con lo que no está solo en juego la calidad del servicio que se presta, sino incluso la vida y salud de los turistas. En este sentido, creo que existen razones imperiosas de interés general muy claras que permiten (u obligan) a la Administración a realizar controles previos para garantizar la seguridad y salud de los consumidores y usuarios. Por otro lado, estos servicios turísticos se suelen prestar en

entornos naturales, que pueden verse negativamente afectados si no se tiene suficiente cuidado. Así, considero que la protección del medio ambiente, considerada como razón imperiosa de interés general, será suficiente para justificar el mantenimiento de controles previos en este tipo de actividades.

Con respecto al turismo rural y el ecoturismo, son diferentes tipos de actividades pero tienen elementos comunes que permiten llevar a cabo un análisis conjunto. Y es que, en ambos supuestos, y al igual que en el turismo activo, existe una especial vinculación con el medio ambiente donde se realizan. De ahí que, al ser esta una razón imperiosa de interés general, estén justificados los controles previos que se lleven a cabo por la Administración turística para proteger adecuadamente el entorno natural.

Por último, la actividad de los guías turísticos, sobre la que, al contrario de lo que ha pasado en el resto de los subsectores turísticos, se han mantenido los controles previos para el acceso a la prestación de esta actividad. Por lo tanto, la Directiva no ha tenido una incidencia tan acusada.

.

En este sentido, se puede concluir que la norma comunitaria y su transposición al ordenamiento turístico español ha tenido un gran impacto en el sector turístico. Impacto que, por otro lado, puede ocasionar efectos negativos, pues hay que tener en cuenta que como regla general (aunque existen excepciones), se han flexibilizado los controles de acceso sin que se haya hecho especial hincapié en los controles posteriores, que en algunas normas autonómicas ni siquiera han sido regulados.

La liberalización efectuada en el sector, si no se habilitan los medios adecuados de control posterior, puede afectar de manera muy significativa a los intereses generales implicados. Intereses generales como la protección del medio ambiente y del entorno social y cultural o la defensa de consumidores y usuarios, que resultan esenciales para garantizar un turismo de calidad, que constituye a su vez las base para un desarrollo turístico sostenible.

Pero con estas manifestaciones no se quiere defender el mantenimiento de la situación anterior. Nada más lejos de la realidad. Era necesario un cambio en la tramitación de los procedimientos administrativos turísticos. Dotarles de mayor agilidad, simplificando trámites y reduciendo, por tanto, los costes que las empresas y profesionales soportaban para acceder a estas actividades. Sin una adecuada reestructuración de los procedimientos administrativos, el sector turístico de nuestro país hubiera perdido competitividad.

El problema es que se ha pasado, sin solución de continuidad, a la situación contraria. Es decir, en vez de hacer todo lo posible para reducir cargas administrativas, tiempos de espera, documentos obligatorios, etcétera, se ha optado, en muchos casos, por la práctica eliminación de la intervención administrativa. Algo que, por otro lado, tampoco favorece la competitividad del sector turístico español, puesto que puede incidir muy negativamente sobre la calidad de servicios prestados. En definitiva, si la Administración no puede, con medios adecuados, controlar la calidad de las actividades turísticas, habrá que esperar a que las empresas y profesionales lo hagan por sí mismas. Así, se les estará exigiendo que velen no solo por sus intereses particulares, sino también por los intereses generales ¿Estarán adecuadamente concienciados?

Por todo ello entiendo que, antes de sustituir de manera general los controles previos por comunicaciones previas y declaraciones responsables, hubiera sido posible probar otras posibilidades. En otras palabras, antes de llevar a cabo una liberalización del sector en los términos que se ha hecho, podrán haberse barajado otras opciones menos drásticas y, según opino, más eficaces en el cumplimiento de los intereses generales: reducción de plazos para resolver y notificar en los procedimientos administrativos, mayor implicación de la Administración pública en la defensa de la libertad de empresas, reducción de costes, eliminación de trámites administrativos innecesarios o concentración de aquellos que se puedan realizar en un mismo acto, eliminación de informes innecesarios, mayor uso de la desconcentración y la delegación, que la instrucción y la tramitación del procedimiento se concentren en el

mismo órgano (esta división no es necesaria salvo que se trate de procedimientos sancionadores, y sin embargo pueden dilatar indebidamente la resolución y notificación de un procedimiento administrativo), etcétera.

Pero a la vista de que nuestros legisladores han optado por este alto nivel de liberalización al que vengo haciendo referencia, nada se gana ya con lamentarse. Hechas las correspondientes críticas, es tiempo ahora de plantear las soluciones que, según entiendo, pueden paliar, de alguna manera, los efectos negativos.

Así, en primer lugar, se podría ampliar el mecanismo de Evaluación de Impacto Ambiental a aquellas actividades turísticas que mayor riesgo puedan plantear para el medio ambiente. Tal y como está configurado actualmente el sistema, son escasas las actividades turísticas que han de ser sometidas de manera obligatoria a esta evaluación. Entiendo que habrá que ampliar, por tanto, el ámbito de aplicación a aquellas actividades turísticas que se desempeñen en entornos naturales. En este sentido, pese a la eliminación generalizada de las autorizaciones y licencias, la Evaluación de Impacto Ambiental mantiene su carácter de control previo. No podía ser de otra forma, habida cuenta del principio de precaución que existe en el Derecho medioambiental.

Otra de las soluciones planteadas ante el riesgo que supone la nueva situación, está relacionada con la denominada “ordenación territorial de limitación”. Hay que tener en cuenta que es muy importante en el ámbito turístico no sobrepasar la capacidad de carga establecida para un territorio determinado. Superada dicha capacidad, es decir, cuando se admite más demanda de la que se puede soportar de forma sostenible, comienzan a disminuir en gran medida los niveles de calidad. Lo que planteo, por consiguiente, es que los órganos encargados de llevar a cabo la ordenación territorial establezcan una determinada capacidad de carga en el territorio de que se trate, limitando la posibilidad de crear oferta turística e impidiendo que la demanda aumente por encima de los niveles establecidos (actualmente, algunas comunidades autónomas recogen figuras similares como la declaración de zona saturada, por ejemplo). De esta forma se garantizará un turismo de calidad y un desarrollo sostenible del mismo. Pero

para ello es imprescindible, en cualquier caso, realizar una ordenación integrada del territorio.

Por otro lado, en aras de paliar los efectos negativos de la Directiva Servicios, se podría llevar a cabo la unificación de las diferentes autorizaciones administrativas. De modo y manera que, para abrir un establecimiento turístico fuese necesario tramitar un solo procedimiento administrativo ante un solo órgano de la misma Administración pública. Se eliminaría así la necesidad de dirigirme a distintos órganos de distintas administraciones para conseguir diferentes autorizaciones, simplificando y agilizando en gran medida el procedimiento administrativo.

Pero ¿Qué Administración sería la que debería otorgar la autorización unificada? A mi modo de ver, las entidades locales (municipios o entes superiores como comarcas, veguerías, mancomunidades, etcétera) por dos motivos: primero, porque tienen mayor experiencia a la hora de tramitar los correspondientes procedimientos de autorización y; segundo, porque al ser la Administración pública más cercana al ciudadano conocerán de primera mano las circunstancias que rodean la correspondiente autorización. Eso sí, habría que dotarles de los medios materiales y personales necesarios y, por ende, incrementar los medios de financiación. Pero, como ya se ha indicado, las competencias en la materia corresponden en exclusiva a las comunidades autónomas, por lo que debería realizarse una descentralización de estas a favor de las entidades locales correspondientes (la segunda descentralización en materia turística, teniendo en cuenta que la primera fue del Estado a favor de las regiones). Debo indicar, para terminar esta idea, que me parece una opción muy acertada dado que, aplicando el principio de subsidiariedad, considero que las entidades locales son las administraciones públicas más adecuadas para ejecutar esta competencia, en términos de eficacia y de eficiencia.

A lo largo de todo el trabajo se ha venido hablando de la sustitución de controles previos por controles posteriores. Es decir, la Administración no comprueba el cumplimiento de los requisitos antes del inicio de la actividad, sino una vez esta se está desarrollando. Pues bien, según entiendo, no se han barajado todas las opciones. En esta

línea, estimo que, más que de controles posteriores, se podrían realizar controles simultáneos, evitando así que un particular comenzase a prestar servicios turísticos sin cumplir todos los requisitos normativos. Cuando hablo de controles simultáneos, me refiero a aquellos que puede realizar la administración en el mismo momento en que el promotor de la actividad está solicitando la autorización o presentando la comunicación previa. En ese mismo instante, el funcionario correspondiente, debidamente preparado, debería comprobar si los requisitos cuyo cumplimiento manifiesta el interesado en su solicitud se ajustan o no a la realidad, mediante la consulta a las bases de datos donde obre la información necesaria. Pero para ello, como es fácilmente comprensible, habría que desarrollar la Administración Electrónica en todos los niveles territoriales, implementando los sistemas de interoperabilidad e intraoperabilidad para el intercambio de datos. Eso sí, con todos los niveles de seguridad necesario y teniendo en cuenta siempre, como es lógico, la legislación sobre protección de datos personales. La tecnología necesaria ya existe en la actualidad, y los medios ya están implantados en muchas administraciones. Solo hace falta voluntad para hacer uso de los mismos.

En este orden de cosas, no quiero dejar de analizar una de las propuestas efectuadas por muchas comunidades autónomas y que, en la mayoría de los casos, ha sido presentada como un gran avance. Me refiero en concreto a la declaración responsable que hacen los interesados sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos, añadiendo, además, que disponen de la documentación que lo acredita. Este es, parece ser, el gran adelanto, manifiesto que cumplo los requisitos, y tengo la documentación, pero no se la presento a la Administración. En mi opinión, esta previsión no tiene ningún sentido. Si el particular dispone de los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos, ¿Por qué no los va a presentar a la Administración?. No es necesario que presente los originales físicamente. Será suficiente con que mande un correo electrónico al órgano administrativo de que se trate, con la documentación correspondiente escaneada. ¿Es esta una traba insoslayable?. La eliminación de la obligación de presentar esta documentación, que por otro lado se tiene, ¿Va a agilizar tanto los trámites administrativos? En mi opinión no. Además, se está privando a la Administración de unos datos que pueden resultar esenciales para llevar a cabo un mínimo control.

Para terminar, voy a proceder a analizar el impacto que la norma comunitaria analizada ha tenido sobre los diferentes sujetos que componen el sector turístico: consumidores y usuarios, empresas y profesionales, y, por último, la Administración.

En cuanto a los consumidores y usuarios, estimo que la Directiva Servicios y las normas de transposición en nuestro país (el bloque normativo liberalizador), han perjudicado en gran medida su situación. Al flexibilizarse los controles de acceso, las Administraciones no pueden comprobar que los promotores de actividades turísticas cumplen con los más mínimos requisitos para la protección de los derechos e intereses de los turistas. Así, no se comprueba si se han adoptado las medidas de seguridad necesaria para proteger su vida, salud u integridad física, o si se han contratado los correspondientes seguros de responsabilidad civil o de incumplimiento. En este sentido, puede existir una empresa o profesional prestando servicios turísticos que no cumpla los mencionados requisitos y, por consiguiente, esté poniendo en peligro la vida, salud o intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Esta situación no tiene sentido, sobre todo si tenemos en cuenta que el bloque normativo de la liberalización considera la defensa de los intereses de consumidores y usuarios como una razón imperiosa de interés general que justifica, en cualquier caso, el mantenimiento de controles previos.

Por otro lado, en el caso de las empresas y profesionales, las circunstancias variarán en función de si se encontraban prestando servicios en el mercado antes de la aprobación del bloque liberalizador o no. En el primer caso, si ya estaban ejerciendo una actividad turística, las empresas y profesionales no se mostrarán demasiado felices con dicha liberalización, pues se habrá permitido la entrada al mercado a otras empresas y profesionales que no han tenido que soportar unos costes de inicio de actividad tan altos. En el segundo caso, las empresas que no habían comenzado la actividad se han

beneficiado de las circunstancias y acceden al mercado con unos costes mucho menores, los que les sitúa en una situación de ventaja competitiva.

Por último, la Directiva y su transposición tampoco beneficia a las Administraciones Públicas. Y es que, se les limita la posibilidad de hacer uso de unos mecanismos que, hasta el momento, habían dado buenos resultados: los controles previos. A partir de ahora, la Administración solo podrá realizar, como regla general, controles posteriores previa presentación por los interesados de la correspondiente comunicación previa o declaración responsable. En definitiva, se ha desposeído a la Administración de unos mecanismos muy útiles para realizar su función esencial de servir con eficacia el interés general (artículo 103 de la Constitución). Los controles posteriores pueden ser, de momento, mucho más costosos y menos eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, J., *Las cláusulas de la globalización*, dentro de la obra colectiva *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, DOMINGO, R., SANTIVÁÑEZ, A. y CAICEDO, A. (Coordinadores), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

ADLER, G., “Aspectos de la implantación de la Directiva de Servicios en Austria”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

AGUADO I CUDOLÀ, V., y CASANOVAS I IBÀÑEZ (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

AGUADO I CUDOLÀ, V., “El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo: Valoración general” en AGUADO I CUDOLÀ, V., y CASANOVAS I IBÀÑEZ (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

ALLI ARANGUREN, J.C., *Derecho Administrativo y Globalización*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

ALVAREZ ARCE, J.L., y RÁBADE HERRERO, L.A., “La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009

ÁLVAREZ SOUSA, A., “Turismo y calidad global. Contribución al desarrollo integral”, en BLANQUER CRIADO, D., (Dir.), *La calidad integral del turismo. V congreso de turismo, Universidad y Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

AMENGUAL, B., “La industria de los forasteros”, Ed. Miquel Font Editor, Palma de Mallorca, 1993

ARAGÓN CÁNOVAS, F.J., “La aplicación de la Directiva Bolkestein y el verdadero reto de la liberalización de los servicios: turismo y urbanismo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 263, Madrid, enero-febrero (2011).

ARCARONS SIMON, R., “Órganos de la Administración turística”, en MIRABELL I IZARD, O., (Coord.), *Gestión pública del turismo*, Ed. UOC, Barcelona, 2010.

ARCARONS SIMON, R., *Manual de Derecho Administrativo turístico*, Ed. Síntesis, Madrid, 1994.

ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A., “La ventanilla única como instrumento para la simplificación procedimental exigida por la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

ASPAS ASPAS, J. M., “Régimen Jurídico de los deportes de aventura. Consideraciones sobre el turismo activo”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los*

recursos turísticos, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía III, Zaragoza, 1999

AUBY, J.B., “Globalización y descentralización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, Madrid, 2000.

BARNARD, C., “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, 45, 2008.

BARRADO TIMÓN, D. A., “Ordenación territorial y desarrollo turístico. Posibilidades modelos y esquemas de ordenación territorial del turismo en la España de las Autonomías, *Estudios Turísticos*, núm. 149, 2001.

BARRADO TIMÓN, D.A., y GALIANA MARTÍN, L., “Ideas y modelos de planificación territorial en los orígenes del turismo de masas español. La Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional frente a la Ley del Suelo”, *Estudios Turísticos*, núm. 167, 2006.

BARRANCO VELA, R., (Dir.) BULLEJOS CALVO, C., (Coord.) *Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. Régimen jurídico de la intervención administrativa tras la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

BARRIOBERO MARTÍNEZ, en “Causas y consecuencias jurídicas de la consideración como recursos mineros de las aguas minerales y termales”, *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, nº 0, 2002.

BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

BAYÓN MARINÉ, F. y FERNÁNDEZ FUSTER, L., “Los orígenes”, en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

BAYÓN MARINÉ, F. y HERNÁNDEZ GÓMEZ, C., “Desarrollo y transformación. 1982-1991”, en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

BLANCO HERRANZ, F.J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico: una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2006.

BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, 1994.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., El Derecho derivado de la Unión Europea: Evolución desde los años cincuenta hasta nuestros días, en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV, *Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2011.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La complejidad y originalidad del sistema de fuentes del Derecho Comunitario: El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ¿Una simplificación fallida?”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 33, 2005.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La Directiva comunitaria*, Ed. Dickinson, Madrid, 2003.

BENAVIDES VELASCO, “La Directiva de viajes combinados: perspectivas de futuro”, en AGUADO I CUDOLÀ, V., y CASANOVAS I IBÀÑEZ, Ò., (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo* Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

BERENGUER FUSTER, L., “Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva Servicios”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

BERBEROFF AYUDA, D., “La Directiva 2006/123/CE y su contexto”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, Zaragoza, 2010.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Ed. Thomson-Civitas, séptima edición, Cizur Menor, 2009.

BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.

BERMEJO VERA, J., “Administración Pública y Turismo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 223, 1984.

BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ V., “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, 2010.

BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *La calidad integral del turismo. V congreso de turismo*, Universidad y Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BLANQUER CRIADO, D., “¿Ordenación o desordenación del turismo?”, *Documentación Administrativa*, 2001, núm. 259-260.

BLANQUER CRIADO, D., “Régimen jurídico del turismo rural”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía III, Zaragoza, 1999.

BLANCO HERRANZ, F. J., “Los Principios Generales del Derecho del Turismo”, en *El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico: una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2006.

BOCANEGRA SIERRA, R., *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

BOUAZZA ARIÑO, O., “Estudio sectorial sobre la descentralización de competencias en turismo”, en GALÁN GALÁN, A. y PRIETO ROMERO, C., *La descentralización de competencias autonómicas en la ciudad de Madrid. Nuevas oportunidades para la gestión desconcentrada*, Ed. Huygens, Madrid, 2009.

BOUAZZA ARIÑO, O., *La planificación territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

BOUAZZA ARIÑO, O., “El sistema andaluz de ordenación territorial del turismo a la luz del Plan General de Turismo Sostenible”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 1, 2009.

BOUAZZA ARIÑO, O., *Planificación turística Autonómica*, Reus, Madrid, 2007.

BOUAZZA ARIÑO, *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible del turismo desde la ordenación del territorio*, Atelier, 2006.

BOUAZZA ARIÑO O., “Turisme”, en *La descentralizació de competencies de la Generalitat als ens locals de Catalunya*, GALÁN GALÁN, A., (Dir.). vol. 2, Estudis sectorials, Informe Pi i Sunyer, Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2006.

BRINCKMANN, W. E., BRINCKMANN, M. N. y MUELLER, D. C., “Desarrollo, complejidad y turismo sostenible. El uso del territorio frente a los retos del siglo XXI, *Papeles de Geografía*, núm. 51-52, 2010.

BULLEJOS CALVO, C., “El control posterior al inicio de la actividad ocio y su fiscalidad. Función inspectora, de seguridad y salud durante su desarrollo y gestión de emergencias”, en BARRANCO VELA, R., (Dir.) BULLEJOS CALVO, C., (Coord.) *Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. Régimen jurídico de la intervención administrativa tras la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

BUTLER, R. W., *The concept of a tourist area cycle of evolution and implications for management*, The Canadian Geographer, 1980.

CALLIZO SONEIRO, J. y LACOSTA ARAGÜES, A. J., “Un estudio tipológico de los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografía III, Zaragoza, 1999.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.

CALS I GÜELL, J., “El modelo turístico español”, *Estudios Turísticos*, núm. 80, 1983.

CANALS AMETLLER, D., “Simplificación administrativa y Directiva Servicios: objetivos medios e incidencias”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico XII, Zaragoza, 2010.

CARBALLO, M^a. M., ARAÑA, J. E., LEÓN, C., GONZÁLEZ, M. y MORENO, S., “Valoración económica de la imagen de un destino”, *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, Vol. 9, núm. 1, 2011.

CARBALLO FIDALGO, M., “La Directiva de Servicios y la Política Comunitaria de Consumo, Instrumentos al Servicio de un mismo fin”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Libre circulación de servicios, calidad de los servicios y mecanismos de tutela trasfronteriza”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS

MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

CASTEL GAYÁN, S., y LACASA VIDAL, J., “Introducción al Derecho turístico de Aragón: Evolución y situación actual”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010.

CHANG, M., HANF, D. y PELKMANS, J., “The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?”, *European Integration*, vol. 32, núm. 1, 2010.

CIERCO SEIRA, C., “La Administración Electrónica al servicio de la simplificación administrativa: Luces y sombras”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 38, 2011.

CIERCO SIEIRA, C., “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración Electrónica”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, Iustel, 2009.

CIDONCHA MARTÍN, A., en “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, VV.AA., *Impacto de la Transposición de la Directiva Servicios en Castilla y León*, Ed. Consejo Económico y Social de Castilla y León, Valladolid, 2010.

CORREYERO RUIZ, B., “La Administración Turística española entre 1936 y 1951. El turismo al servicio de la propaganda política”, *Estudios Turísticos*, núm. 163-164, 2004.

CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, Iustel, Madrid, 2008.

CRESPY, A. y GAJEWSKA, K., “New Parliament, New Cleavages after the Eastern Enlargement? The Conflict over the Services Directive as an Opposition between the Liberals and the Regulators”, *Journal Common Market Studies*, 2010, vol. 48, núm. 5.

COSCULLUELA MONTANER, L., y LÓPEZ BENÍTEZ en *Derecho Público Económico*, Ed. Iustel, 2011

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009

DE ARRILLAGA, J. I., “El turismo como ciencia”, *Estudios Turísticos*, núm. 42, Madrid, 1974.

DE ARRILLAGA SÁNCHEZ, J. I., “Primeras experiencias. 1950-1962”, en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

DE CELA y TRULOCK, Camilo José, *Café de artistas y otros cuentos*, Ed. Salvat, Madrid, 1969.

DE ESTEBAN CURIEL, J., “¿Qué modelo de turismo sostenible queremos en Europa para el siglo XXI: preservación o desarrollo?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24, 2013.

DE LA DEHESA, G., “Coste laboral y dumping social”, *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 25-26, 1994.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, 2010.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior”, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Directiva de Servicios y a libertad de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 7, 2009.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI “Mercado Interior y Directiva Servicios”, *Revista catalana de dret publico*, núm. 42, 2011.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “TJCE –Sentencia de 18.12.2007, Laval, C-314/2005- Libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores-la supuesta legalización del dumping social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 131, Madrid, septiembre/diciembre, 2008.

DE QUESADA, E., “Los 90. Hacia el nuevo milenio” en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

DE TOQUEVILLE, A., *La Democracia en América*, Ed. Orbis, Madrid, 1985.

DE UNAMUNO, Miguel, *Andanzas y visiones españolas*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, “Ciudad, campo, paisajes y recuerdos”.

DE WAELE, H., “The Transposition and Enforcement of the Services Directive: A challenge for the European and de National Legal Orders”, *European Public Law*, núm. 4, 2009.

DIEZ-PICAZO, L.M^a, “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 45, 2, 1992.

ENTRENA CUESTA, R., “Dictamen acerca de la aplicabilidad de los artículos 32 y 42 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 en la tramitación de los Planes de Ordenación Urbana de Centros de Interés Turístico Nacional”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 13, 1969.

ENTRENA RUIZ, D., en “La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios”, DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.) *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

EGUIDAZU PALACIOS, F., “Consecuencias económicas de la regulación, la Directiva de Servicios y la Unidad del Mercado”, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A. “De nuevo sobre el derecho de enmienda y sus límites. La congruencia entre la enmienda y el objeto del proyecto o proposición de ley a que se refiere y su deseable proyección sobre las leyes de acompañamiento”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, 2002.

DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A., “Notas en torno a las leyes de objeto diverso: Elaboración parlamentaria y jurisprudencia constitucional” *Cuadernos de derecho público*, N° 6, 1999.

DÍEZ-PICAZO, L. M., “Los preámbulos de las leyes. (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 45, 2, 1992.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., y MARTÍNEZ GUTIERREZ, R., “Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

ENTRENA CUESTA, R., “Dictamen acerca de la aplicabilidad de los artículos 32 y 42 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 en la tramitación de los Planes de Ordenación Urbana de Centros de Interés Turístico Nacional”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 13, 1969.

ENTRENA RUIZ, D., en “La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios”, en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

ESTELLA DE NORIEGA, A, “El principio del “país de origen” en la propuesta de Directiva Bolkestein”, en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

ESTEVE GARCÍA, F., “Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de Servicios”, *Revista catalana de dret public*, núm. 42, 2011.

ESTEVE PARDO, J., “La extensión del Derecho público, Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012.

ESTEVE PARDO, J., “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012,

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1999.

IRANZO GUTIERREZ, S., en el prólogo a la obra *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, cit., XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo turístico*, Ed. Nacional, Madrid, 1974, Tomo I.

FERNÁNDEZ DÍAZ, A., “Transposición de la Directiva de Servicios al Estado de las Autonomías”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El marco estratégico de la política de turismo de la Unión Europea: Evolución y régimen vigente”, *Revista General de Derecho Europeo*, 28, Iustel, 2012.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “El valor de lo intangible y armonizado en la calidad turística europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24, 2013.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, C., *Derecho administrativo del Turismo*, Ed. Marcial Pons, 5ª, ed., Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La función de orden y seguridad de los registros públicos”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, CANO CAMPOS, T., (Coord.), Iustel, vol. 7, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los sentidos y contrasentidos del fomento del turismo en España”, en MELGOSA ARCOS, F. J., (Dir.), *Derecho y Turismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., “Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable”, *Revista catalana de dret public*, núm. 44, 2011.

FERNANDO PABLO, M., “Unidad de Mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A. X., y NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Aspectos jurídicos de un desarrollo turísticos sostenible”, *Documentación Administrativa*, núm.. 259-260, 2001.

FRAGOLA, U., “Appunti sul turismo come Attivita Giuridica”, en *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, Imprenta del Ministerio de Información y Turismo, Madrid, 1970.

FUENTES GUERRERO, G., “Sostenibilidad turística, igual a empleo de calidad y de futuro”, *Estudios Turísticos*, núm. 172-173, 2007.

FULLANA, P. y AYUSO, S., *Turismo sostenible*, Ed. Rubes, Barcelona, 2002.

GAMERO CASADO, E., “Interoperabilidad y Administración Electrónica: conéctense, por favor”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española, estudios de ciencia administrativa*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 7ª ed., 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA MACHO, R y RECALDE CASTELL, A (Dir.); PETIT LAVALL, M^a V. (Coord.), *Lecciones del Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA MACHO, R., “La legislación turística: naturaleza jurídica; relaciones entre Derecho estatal, autonómico y local”, en GARCÍA MACHO, R., y RECALDE CASTELLS, A., (Dir.), PETIT LAVALL, M^a V., *Lecciones de Derecho del Turismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA RUBIO, F., “La implantación de la directiva europea de servicios y sus consecuencias sobre las licencias, en especial la de establecimiento y funcionamiento de actividades turística”, *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2010.

GARCÍA RUBIO, F. “Licencias y establecimientos turísticos” en MELGOSA ARCOS, F. J., *Derecho y turismo*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

GARCÍA SAURA, P.J., “Turismo y medio ambiente: una implicación necesaria. Aspectos jurídicos”; *Cuadernos de Turismo*, nº 26, 2010.

GARCÍA SAURA, P.J., *Desarrollo sostenible y Turismo. Análisis del régimen jurídico medioambiental de la legislación turística española*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

GIANNINI y SEPE “I soggetti pubblici che operano nel campo del turismo” en *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, Imprenta del Ministerio de Información y Turismo, Madrid, 1970.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ I. M., “Las leyes de acompañamiento y el problema de las «leyes ómnibus»”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008.

GÓMEZ ALONSO, M., ÁLVAREZ BESTEIRO, I., “Principales reformas sectoriales: consolidación de la nueva cultura regulatoria”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2990, del 1 al 15 de junio de 2010.

GONZÁLEZ CABRERA, I., “La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viaje”, *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2010.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 32, 2009.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M., “Política de Calidad de los servicios y derechos de los consumidores en la Directiva Servicios”, en la obra colectiva DE LA QUADRASALCEDO DEL CASTILLO (Dir.) *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ MORANTE, A., SÁNCHEZ GARCÍA, I. y SANZ BLAS, S., “La imagen como factor clave del comportamiento del turista”, *Estudios Turísticos*, núm. 165, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, 4ª ed.

GORGA, V., “Una aproximación a la calidad turística en el plano internacional”, *Estudios Turísticos*, núm. 139, 1999.

GRADOLPH CADIerno, J. E., “El impacto de la Directiva Servicios en la economía española”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009

GUICHOT, E., “Globalización jurídica y Derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “La directiva servicios y su incidencia en la licencia comercial”, en VIERA GONZÁLEZ, A. J., y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., (Dir.), *Distribución comercial y derecho de la competencia* La Ley, Madrid, 2011

GUILLÉN CARAMÉS, J., “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”, *Revista de la Unión Europea*, núm. 5, 2003.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “Algunos aspectos de la protección jurídica del turista”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 115, 2002.

GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor: (política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, Civitas, 2002.

HAY, C., “What Doesn’t Kill You Can Only Make You Stronger: The Doha Development Round, the Services Directive and the EU’s Conception of Competitiveness”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 45, 2007.

HERRERA Y ESTEBAN, L., “La expansión”, en BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

HORNO OCTAVIO, C., “La visión institucional de la política turística”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografía III, Zaragoza, 1999.

HUESCAR, A., “Nuevo marco conceptual del turismo”, *Estudios Turísticos*, núm. 117, 1993.

JAIMEZ GAGO, M^a. I., *Políticas públicas y Turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2004.

JIMENEZ ASENSIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010.

JIMENEZ GARCÍA, F., “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, Madrid, 2007.

JORDANA DE POZAS, L., “El problema de los fines en la actividad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 4, 1951.

JORDANA DE POZAS, L., “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949.

KRUGMAN, P. “Competitiveness: A Dangerous Obsession”, *Foreign Affairs*, vol. 73, núm. 2, 1994.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de Servicios”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

LAGUNA DE PAZ, J.C., *Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, año 2009.

LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, séptima edición, 1991.

LAVAUUR, L., “Tres años de historia del turismo”, *Estudios Turísticos*, núm. 59-60, 1978.

LAVAUUR, L., “Hacia una historia del turismo”, *Estudios Turísticos*, nº 44, 1974

LAVAUUR, L.: “Glosario histórico del término turismo”. *Estudios Turísticos*, núm. 15, 1967.

LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008.

LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la directiva servicios en el urbanismo comercial (por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

LOPEZ RAMÓN, F., “Ciudades privadas para el juego”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012.

LOPEZ RAMÓN, F., “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Contrastes y conexiones de la moderna consideración del medio ambiente en la legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías III, 1999

LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-161.

LOZANO CUTANDA, B. en *Derecho ambiental administrativo*, 9ª ed., Ed., Dickinson, Madrid, 2008.

MARCHANT, G., “Indígenas anfitriones”, *El Correo de la UNESCO*, 1999.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., *Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva Servicios en la regulación autonómica*, en la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009.

MARTÍN BERNAL, J. M., “¿El sector del turismo como rama independiente del ordenamiento jurídico?”, *Actualidad Administrativa*, nº 31, 2001.

MARTÍN DE BALSAMEDA, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII, Se refiere a todas las Reales Resoluciones Generales que se han expedido por los diferentes ministerios y consejos en todo el año de 1817*, Imprenta Real, Madrid, 1818.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “En busca de la Europa social: Reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14 - 1er semestre 2008.

MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2007.

MARTÍN MATEO, R., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y VILLAR PALASÍ, J. L., *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, Imprenta del Ministerio de Información y Turismo, Madrid, 1970.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El Derecho Administrativo ante la crisis”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, 2013

MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L., *El Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, Ed. Civitas, 2ª ed, Cizur Menor, 2010.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Prólogo a la obra de BOUAZZA ARIÑO, O., *Ordenación del territorio y turismo. Un modelo de desarrollo sostenible desde la ordenación del territorio*, Atelier, Barcelona, 2006.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años*, en *Constitución y control de la actividad administrativa*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2004.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (especial referencia a los casos *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo* ambos contra España, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Problemas jurídicos del paisaje”, *Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, núm. 85, 1978

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, Tomo I, Ed. La Ley, Madrid, 1988.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El reto de una Administración racionalizada*, ed. Civitas, Madrid, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1966.

MARTÍN VALLES, D., “Calidad en los servicios. Una aproximación metodológica”, *Estudios Turísticos*, núm. 139, 1999.

MARTINEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las Directivas: su “efecto directo de exclusión”, en *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario en Perspectivas desde la Asociación de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, (Coordrs. ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J.M., GONZÁLEZ ALONSO, L.N., HERRANZ BALLESTER, M., Y PASTOR PALOMA, A., FORNER, J.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Leyes de Presupuestos y leyes «de acompañamiento»: Aspectos constitucionales de los Presupuestos Generales del Estado y abuso de las formas jurídicas por el Gobierno”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999.

MELGOSA ARCOS, “El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo rural: fomento, sostenibilidad y libre acceso”, AGUADO I DUDOLÀ, V. y CASANOVAS I IBÀÑEZ, O., (Coords.), *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

MELGOSA ARCOS, J., “Directiva de Servicios y Turismo: aproximación a la incidencia de la Directiva de Servicios en marco jurídico español”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

MELGOSA ARCOS, F. J. (Dir.), *Derecho y Turismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

MELLADO RUIZ, L., “Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

MERINO ESTRADA, V., “La Directiva de Servicios en clave municipal”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

MOREU CARBONELL, E., “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable” en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la Reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*, *Monografías de Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011.

MOLINA DEL POZO, C.F., “El turismo sostenible como factor de desarrollo económico en el marco de la Unión Europea”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá II, 2009.

MONTEDURO, M., “Un nudo problemático en la transposición de la Directiva 2006/123/CE en Italia: La nueva institución de la indicación certificada de comienzo de actividad (Segnalazione Certificata Inizio Attività-Scia)”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

MORENO GARRIDO, A., *Historia del Turismo en España en el siglo XX*, Ed. Síntesis, Madrid, 2007.

MUÑOZ DE ESCALONA, F., “El turismo explicado con claridad. Autopsia del turismo”, 2ª Parte, Ed. eumed•net, 2007.

MUÑOZ DE ESCALONA, F., “La objetivación unívoca del turismo, meta insoslayable del proceso de cientificación”, *Estudios Turísticos*, nº 171, 2007.

MUÑOZ DE ESCALONA, F., Autopsia del Turismo: El vencimiento de la distancia. Ed. eumed•net, 2004, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>

MUÑOZ DE ESCALONA, F., “El Análisis económico y el turismo”, *Estudios Turísticos*, núm. 130, 1996.

MUÑOZ DE ESCALONA, F., “Turismo y Desarrollo”, *Estudios Turísticos*, nº 115, 1992.

MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España*, Ed. Critica, Barcelona, 2012.

MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, dentro de la obra colectiva *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

NEVADO BATALLA, P., “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

NIETO GARRIDO, E. M^a, “La fauna y flora silvestre”, en ORTEGA ALVÁREZ L. I., ALONSO GARCÍA M. C. y DE VICENTE MARTÍNEZ R., *Tratado de derecho ambiental*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

NIETO GARRIDO, E. M^a, “Las relaciones entre Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 18, 1993.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

NOGUEIRA LOPEZ, A., “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control de acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”, en VV.AA, *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, INAP, Madrid, 2011.

NOGUERIA LÓPEZ, A., “Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios. ¿Hay espacio para los derechos lingüísticos?” *Revista de Llengua i Dret*, núm. 52, 2009.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La ordenación del territorio y los recursos turísticos”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía III, Zaragoza, 1999.

NUÑEZ LOZANO, M^a, C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la Globalización*, Ed. Reus, Madrid, 2004.

O'REILLY, A. M., “Tourism carrying capacity: concept and issues”, *Tourist Management*, vol. 7, 1986.

ORDUNA LUNA F. J., “El turismo: un recurso para el desarrollo de la colectividad local. Una aproximación a la provincia de Huesca”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.) *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía III, Zaragoza, 1999.

ORTIZ DE MENDIVIL, J., “Ocio y Turismo”, *Estudios Turísticos*, nº 38, Madrid, 1973.

ORTIZ DE MENDIVIL, *Derecho del turismo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971.

PALOMAR OLMEDA, A., “Volver a empezar (a propósito de de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración electrónica”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 1, abril 2010.

PAOLO RUSSO, A., “Venecia: el turismo destronado”, en UNESCO EL CORREO, *Turismo y cultura. Compañeros de ruta*, 1999.

PAREJO ALFONSO, L., “El principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros”, en BENEYTO PÉREZ, J. M^a (Director), MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B., (Coordinadores), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europeas*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2011.

PAREJO ALFONSO, L., *Acceso al mercado: incidencia de la Directiva de servicios*, Noticias de la Unión Europea, nº 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

PAREJO ALFONSO, L., “La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas, ¿Legitima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado autoritativo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.

PATIN, V., “Salvar el patrimonio. Cultura y turismo: hacia una economía de mercado”, UNESCO EL CORREO, *Turismo y cultura. Compañeros de ruta*, 1999.

PELLEJERO MARTÍNEZ, C., “Organización administrativa e intervención del Estado en el sector turístico: 1951-1977”, *Estudios Turísticos*, núm. 163-164, 2004.

PEÑUELAS I REIXACH, L., *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

PIDAL RODRIGÁLVIZ, L., “Aspectos jurídico y social del turismo español”, *Estudios Turísticos*, nº 2, 1964.

PINGEL, I., “Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur”, *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, juin, 2007.

PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Administración Electrónica y ciudadanos*, Civitas, Madrid, 2011.

PIÑAR MAÑAS, J. L., “Administración electrónica y protección de datos personales”, *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2011.

PIÑAR MAÑAS, J. L., “La protección de datos”, en CANO CAMPOS, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Iustel, Vol. 7, 2009.

PIÑAR MAÑAS, J. L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en GARCÍA MACHO, R. J., *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, 2009.

PIÑAR MAÑAS J. L., “El desarrollo sostenible como principio jurídico”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coord.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

PIÑAR MAÑAS, J. L., (Dir.) *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

PEREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La Directiva de Servicios y Turismo: el nuevo régimen de acceso y prestación de los servicios turísticos y su contribución al incremento de la calidad turística”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24, 2013.

PEREZ FERNÁNDEZ, J. M., “La Directiva de Servicios y su impacto en la Ordenación de gran Equipamiento Comercial”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordis.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., (Dir.), MARTÍNEZ JIMENEZ, E. y PEDREIRA MENENDEZ, J., *Derecho público del turismo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PÉREZ MORENO, A., en “La regionalización del turismo. Solución a un problema de competencias” *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966* Imprenta del Ministerio de Información y Turismo, Madrid, 1970.

PÉREZ GUERRA, R., “La intervención administrativa en la clasificación de los establecimientos hoteleros: estudio comparativo en el Derecho turístico español, *Documentación Administrativa*, nº 259-260, 2001,

PERNAS GARCÍA, J. J., *El efecto desregulador de la Directiva de Servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental*, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

PONCE SOLE, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009.

PULIDO FERNÁNDEZ, J. I., “El reto de la calidad en la gestión turística de los espacios naturales protegidos”, en BLANQUER CRIADO (Dir.), *La calidad integral del turismo.V congreso de turismo, Universidad y Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

RASTROLLO SUÁREZ, J.J., *El impacto de la Directiva Bolkestein en el ámbito municipal: especial referencia al urbanismo*, Noticias de la Unión Europea, nº 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, “Globalización y calidad turística: la respuesta de la Unión Europea y su inclusión en la planificación territorial y turística española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 24, 2013

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, “El marco jurídico de la restauración”, TUDELA ARANDA, J., *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografía III, Zaragoza, 1999.

RIVAS GARCÍA, J. y MAGADÁN DIAZ, M. *Planificación y gestión sostenible del turismo*, Ed. Septem Ediciones, Oviedo, 2008.

RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, 2011.

RIVERO ORTEGA, R., “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, 2011.

RIVERO ORTEGA, R., “La Ley Ómnibus: ¿reformas estructurales en el sector servicios?”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. Wolters Kluwer España, 2011.

RIVERO ORTEGA, R., “Simplificación administrativa y Administración Electrónica: Objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios”, *Revista catalana de dret publico*, núm. 42, 2011.

RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo económico*, Ed. Marcial Pons, 5ª Edición, Madrid, 2009.

RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

RIVERO ORTEGA, R., *La transposición de la Directiva de Servicios en España*, en la obra colectiva *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, RIVERO ORTEGA, R., (Director), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009.

RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.

RIVERO YSERN, E., “Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas. Reflexiones sobre la actividad de intervención en la Directiva 2006/123/CE”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 317, Ed. Wolters Kluwer España, junio 2011.

RIVERO YSERN, E., “La actividad de intervención en la Directiva Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva Servicios e España*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009.

ROBINSON, M., “Por un turismo concertado” en *El Correo de la UNESCO*, 1999, *Turismo y cultura: compañeros de ruta*.

RODOTÀ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

RODRIGUES, S., “Commentaire sur les deux premières communications”, *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, Juin 2007.

RODRIGUEZ FONT, M., “Técnicas de control en la transposición de la Directiva servicios: Comunicación previa y declaración responsable”, en NOGUEIRA LÓPEZ,

A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

RUBALCABA BERMEJO, L., *Los servicios en la economía europea: desafíos e implicaciones de política económica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

RUBIO LLORENTE, F., “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

SALGADO CASTRO, A., “La dimensión turística del patrimonio cultural”, en TUDELA ARANDA, J., (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografía III, Zaragoza, 1999.

SALOM PARETS, A., *Las limitaciones al crecimiento poblacional y espacial establecidas por la normativa territorial y urbanística*, Ed. Instituto Nacional de Administración pública, 2011.

SALVADOR ALMENDARIZ, M^a. A., en “La Directiva de Servicios y su transposición: ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, en la obra colectiva *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009

SANCHEZ ARMAS, T.J., “El régimen de autorizaciones en la Directiva Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?”, en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica para la prestación de servicios en el mercado europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, Ed. WoltersKluwer España, junio 2011.

SANCHO, A., “Calidad y educación: un reto para el sector turístico”, *Estudios Turísticos*, núm. 119-120, 1993.

SAND, G., *Un invierno en Mallorca*, Antigua Imprenta Soler, Palma de Mallorca, 1975

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Iustel, Madrid, 2009.

SANTANIELO, G., “I porti Turistici”, *Aspectos jurídico administrativos del turismo. Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Sevilla en 1966*, Imprenta del Ministerio de Información y Turismo, Madrid, 1970.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2004.

SOLA TEYSSIERE, J., *Ordenación territorial y urbanística de las zonas turísticas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

SORIANO GARCÍA, J. E., *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, 2ª Ed.

TORRES BERNIER E., y NAVARRO JURADO, E., “La congestión urbanística como factor reductor de la calidad turística y de vida en los destinos maduros”, *Estudios Turísticos*, núm. 172-173, 2007.

TORRES COBAS, F., “Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales. El adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales”, *Revista Electrónica del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación*, núm. 4, 2009.

TORNOS MAS, J. y GRACIA RETORTILLO, R., En “La organización territorial en los nuevos estatutos de autonomía. En especial, el nivel local supramunicipal en Cataluña”, *Anuario de Gobierno Local*, 2008.

TUBERTINI, C., *Competencias para la regulación de los servicios en un Estado plurinivel: El caso de Italia* en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Directora), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coordinadores) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

TUDELA ARANDA, José (Dir.): *El Derecho del turismo en el Estado autonómico. Una visión desde la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006.

TUDELA ARANDA, J., “La seguridad como núcleo del estatus del turista como consumidor y usuario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005.

TUDELA ARANDA, J., “Un nuevo Derecho para un nuevo turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 24, 2004.

TUDELA ARANDA, J., “Unas reflexiones dinámicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas”, en MELGOSA ARCOS, F. J. (Dir.), *Derecho y Turismo*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

TUDELA ARANDA, J., “La problemática jurídica de la calidad turística”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 23, 2003.

TUDELA ARANDA, J., “La ley y el reglamento en el Derecho del Turismo”, *Documentación Administrativa*, nº 259-260, 2001.

TUDELA ARANDA, J., “Calidad y renovación del concepto de Ley”, *Revista de la Cortes Generales*, nº 52, 2001.

TUDELA ARANDA, J., “La organización administrativa del turismo”, en GARCÍA MACHO, R., RECALDE CASTELLS, A. y PETIT LAVALL, V., *Lecciones del Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TUDELA ARANDA, J., (Dir.), “El régimen jurídico de los recursos turísticos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografía III, Zaragoza, 1999.

TUDELA ARANDA, J., “Significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística”, en TUDELA ARANDA, J. (Dir.), *El régimen jurídico de los recursos turísticos*, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografía III, Zaragoza, 1999.

TUDELA ARANDA, J., “Hacia un nuevo régimen jurídico del Turismo: La reciente legislación autonómica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-I, 1996.

VAN DEN GRONDEN, J. y DE WAELE, H., “All’s Well That Bends Well?The Constitutional Dimension to the Services Directive”, *European Constitutional Law Review*, núm.6, 2010.

VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, publicado en la *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011.

VASALLO TOMÉ, I., “Crisis y consolidación” BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

VÁZQUEZ VARELA, C., y MARTÍN GIL, F., “Problemas de sostenibilidad del turismo rural en España”, *Anales de Geografía*, vol. 31, núm. 1, 2011.

VELASCO GONZÁLEZ, M^a, *La política turística. Gobierno y Administración turística en España (1952-2004)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VIDA FERNÁNDEZ, J., “Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios, dentro de la obra colectiva El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, DE LA QUADRA-SALCEDO DEL CASTILLO, T. (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

VILLANUEVA CUEVAS, A., *La política de la Unión Europea en materia de turismo y sus repercusiones en la legislación turística Española*, Ed. Reus, Madrid, 2012.

VILLANUEVA CUEVAS, A., “La necesidad de una nueva perspectiva de regulación en la legislación autonómica en materia de turismo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 28, 2011.

VILLAREJO GALENDE, H., *La Directiva de Servicios en el Mercado Interior: una perspectiva general*, en la obra colectiva, *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, RIVERO ORTEGA, R., (Dir.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009.

VILLAREJO GALENDE, H., *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, Granada, 2009.

VV.AA, *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios de Madrid, 2009.

URRUTIA LIBARONA, I., “Cuestiones competenciales derivadas del proceso de incorporación de la Directiva de servicios”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., (Dir.), ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A. y ALMEIDA CERREDA, M., (Coords.) *La termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Civitas, 2012.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, novena ed., Madrid, 2009.

ZAPATERO MIGUEL, P., “El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto en la obra colectiva *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*”, DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

ZARAGOZA ORTS, P., “Actuaciones administrativas 1972-1982” BAYÓN MARINÉ, F. (Dir.), *50 años del turismo español. Un análisis histórico y estructural*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.